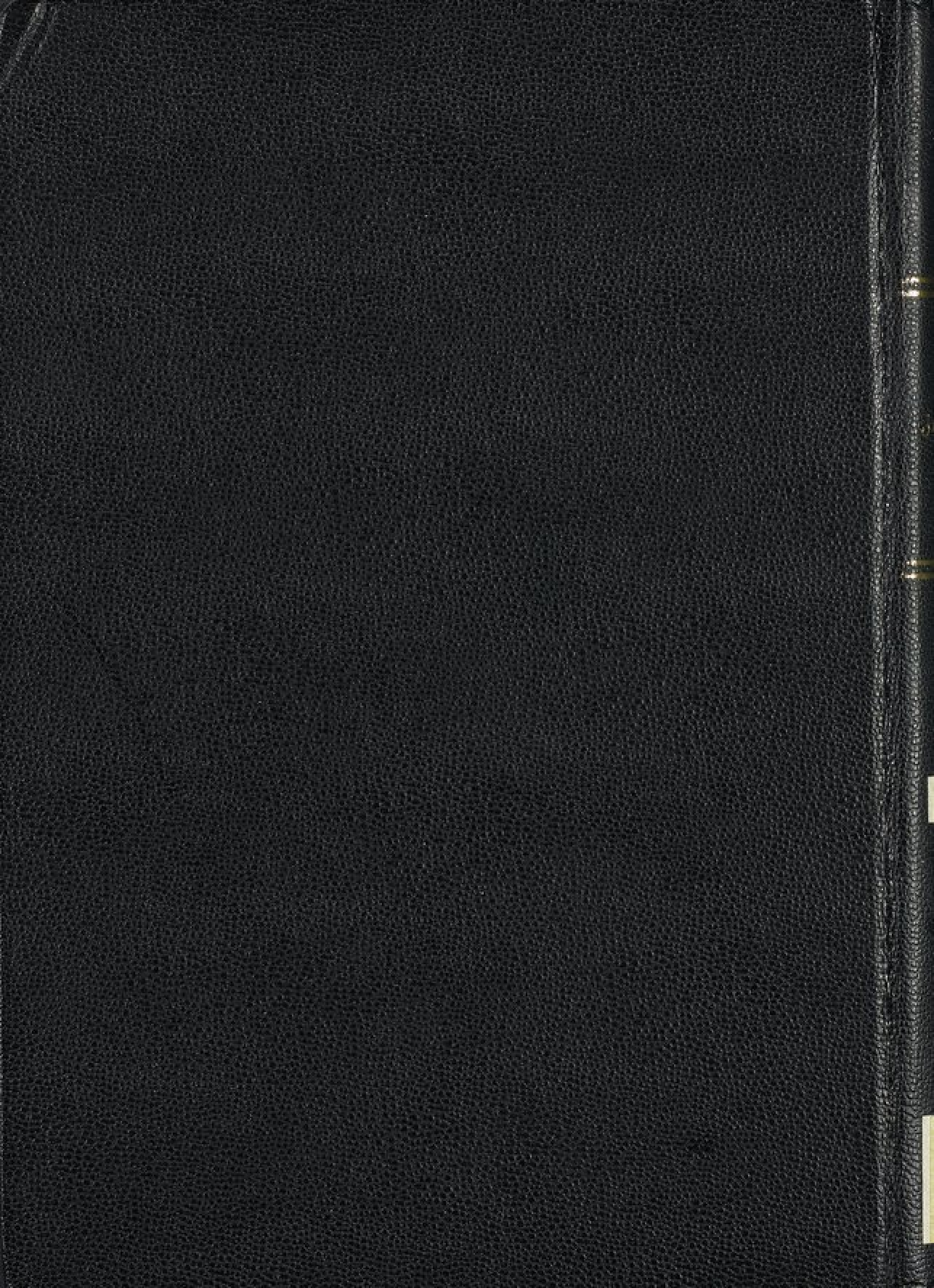
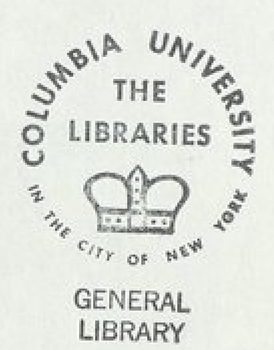




الجزء السادس عشر من كتاب

فقه الصادق

في شرح التبصرة للإمام المحقق آية الله العلامة
الحلي قده

تأليف :

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله
السيد محمد صادق الحسيني الروحاني
مد ظله العالي

چاپخانه مهر استوار

الجزء السادس عشر من كتاب

فقه الصادق

في شرح التبصرة للإمام المحقق آية الله العلامة الحلي قده

تاليف:

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني

مدظله العالي

چاپخانه مهر استوار



الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف الاولين والاخرين محمد وآله الطيبين الطاهرين واللعن على اعدائهم اجمعين الى قيام يوم الدين .

وبعد فهذا هو الجزء السادس عشر من كتابنا « فقه الصادق » وقد وفقنا لطبعه و المرجو من الله تعالى التوفيق لنشر بقية الاجزاء فانه ولي التوفيق .

الفصل الثاني في الرهن

وهو لغة الثبوت والدوام ـ ومنه نعمة الله راهنة ـ وفي المسالك ويطلق على الحبس باى سبب كان ـ قال الله تعالى (١) «كل نفس بما كسبت رهينة» وفي المنجد الرهن حبس الشيء مطلقا ـ وفي عرف الفقهاء واصطلاحهم ـ انه وثيقة لدين المرتهن ـ ومرادهم بما طفحت به عباراتهم من انه شرعا وثيقة لدين المرتهن ذلك ـ والا فمن المعلوم انه ليس له حقيقة شرعية ـ ثم الغرض الاشارة الاجمالية الى ماهو موضوع الحكم في المسائل الاتية لا التعريف الجامع المانع ـ فالايراد عليه ـ بانه يرد على عكسه الرهن على الدرك و على الاعيان المضمونة كالمغصوب ـ في غير محله ـ مع انه يمكن ان يكون نظر المعرفين له بذلك الى عدم جواز الرهن على المذكورات ـ بل في تخصيص جماعة منهم الجواز بالدين الثابت اشعار بعدم صحة الرهن عليها ـ مع انه قد يتكلف الجواب على تقدير الجواز بان الرهن عليها انما هو لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل بالاستحقاق او تعذر العين ـ ثم انه ربما اورد عليه بايرادات لفظية و الامر سهل ـ وكيف كان فتمام النظر يستدعي البحث في مقامات : الاول في عقده والمتعاقدين ـ وفيه مسائل .

الاولى ـ لا اشكال ولا خلاف في ثبوت الرهن في الجملة بل الاجماع بقسميه عليه بل لعله من ضروريات الدين او المذهب كذا في الجواهر والنصوص المستفيضة شاهدة به ستمر عليك جملة منها .

---

١ ـ سورة المدثر آية ٣٨

الثانية لاشبهة (و) لاخلاف فی انه من العقود و (**لابدفيه من الايجاب والقبول**) كساير العقود - انما الكلام فی انه هل يعتبر ان يكون الايجاب و القبول باللفظ كما استظهره صاحب الجواهر ممن عبر بهذه العبارة.

المعاطاة فی الرهن

ام يجری المعاطاة فيه - وفيه قولان - وقد استدل لعدم الجريان بوجوه (١) ما عن جامع المقاصد قال ردا على ما افاده المصنف ره فی محكی التذكرة بان الخلاف فيها فيه كالخلاف فی البيع - ان البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالاجماع بخلاف ماهنا (وفيه) مامر فی كتاب البيع مفصلا من ان جريان المعاطاة فيه انما يكون على طبق القاعدة و عمومات البيع و اطلاقاته مقتضية لذلك - فكك فی المقام - اضف اليه - ما افاده صاحب الجواهر ره بانه يمكن دعوى السيرة عليه هنا ايضا كالبيع (٢) ان المعاطاة ثبت جوازها بالاجماع و الجواز غير متصور في الرهن لانه ينافی الوثوق الذی به قوام مفهوم الرهن وان جعلناها مفيدة للزوم كان مخالفا للاجماع - وفيه (اولا) انه قد تقدم ان الاصل فی المعاطاة هو اللزوم (وثانيا) انه يمكن ان يقال ان الاجماع على جواز المعاطاة مختص بالمعاملة التی تجتمع الصحة فيها مع الجواز ولايشمل مالا تجتمع معه - و بعبارة اخرى - المجمع عليه عدم اللزوم مع الصحة و اما عدم اللزوم غير المجتمع معها فلايكون مشمولا له (و ثالثا) انه يمكن ان يجعل ذلك بنفسه دليل اللزوم فيه فيقال ان المعاطاة تفيد اصل الرهن واما اللزوم فهو ثابت بمقتضى الدليل الخاص الدال على ان كل رهن صحيح لازم (٣) ان القبض شرط فی باب الرهن و العقد مقتض فيلزم من انشاء الرهن بالقبض اتحاد المقتضی مع الشرط وهو محال كما حقق فی محله (واجيب) عنه بان الشرط هو القبض والمقتضی هو الاقباض لانه به ينشأ الرهن فلايلزم الاتحاد المزبور (و فيه) ان المقتضی هو الاقباض والقبض معا لان الرهن من العقود ومتقوم بالايجاب والقبول فالقبض جزء المقتضی فيلزم الاتحاد (فالحق) فی الجواب عنه على

فرض تسلیم شرطیة القبض (وسیاتی الکلام فیه) ان یقال مضافا الی ماتقدم فی غیر واحد من الکتب من عدم انحصار الفعل المنشأ به الرهن بالقبض - انه لیس فی النصوص مایدل علی کون القبض شرطا فی الرهن بل هذا اصطلاح من الفقهاء و الموجود فی الأخبار اعتبار القبض فیه الملائم ذلك مع کونه بنحو الأقتضاء - اضف الی ذلك انه فی التشریعات والاعتباریات لیس تأثیر من الافعال الخارجیة فیها حتی یکون شیء مقتضیا و الاخر شرطا - بل انما هی موضوعات للمجعولات الشرعیة و تکون موضوعیتها بتبع جعل الشارع وتمام الکلام فی محله - فالاظهر جریان المعاطاة فیه .

ثم ان الکلام فی اعتبار العربیة - و الماضویة - و تقدم الایجاب علی القبول - والصراحة - وماشاکل هو الکلام فی اعتبارها فی سایر العقود - فقدمر عدم اعتبار شیء من تلکم ولا من غیرها مما قالوا باعتباره - سوی انه یعتبر ان یکون ماینشأ به المعاملة مبرزا لها عرفا - والافلو مشی بقصد انشاء الرهن لایتحقق .

کما ان اعتبار صدور العقد (من اهله) وهو البالغ العاقل المختار یظهر مما اسلفناه فی الکتب المتقدمة فان المدرك فی الجمیع واحد .

ولایعتبر ان یکون فی السفر بل یجوز الارتهان سفرا وحضرا بلا خلاف فیه بیننا بل الاجماع بقسمیه علیه کما فی الجواهر - لشمول النصوص باطلاقها للحالتین والشرط فی الایة الکریمة (١) «وان کنتم علی سفر و لم تجدوا کاتبا فرهان مقبوضة» مبنی علی الغالب اذ عدم الکاتب عادة لایکون الافی السفر فهی نظیر آیة التیمم (٢) «وان کنتم مرضی او علی سفر - الی قوله تعالی - فلم تجدوا ماءاً فتیمموا) فان عدم الماء یکون فی السفر غالبا - وفی التمسك بها اشکالات اخر ستمر علیك .

فی اشتراط القبض فی الرهن

الثالثة و فی اشتراط الاقباض فیه وجوه واقوال (١) ماعن الشیخ فی احد قولیه

١ - سورة البقرة آیة ٢٨٣

٢ - سورة النساء آیة ٤٣

والحلي والمصنف في جملة من كتبه وولده و المحقق و الشهيد الثانيين وغيرهم - من انه لايشترط في صحة الرهن وترتب آثاره ولزومه بل عن السرائر نسبته الى اكثر المحصلين - وعن كنز العرفان حكايته عن المحققين - بل عن الغنية والسرائر و التذكرة والتحرير والتنقيح والمسالك والروضة وغيرها انه لاخلاف في عدم اشتراطه في الصحة - وجعلوا الخلاف في اعتباره في اللزوم - و بذلك يظهر القول الثاني (٣) ماعن المفيد والشيخ في قوله الاخر وبني الجنيد وحمزة والبراج اشتراطه في صحته واختاره في الشرايع - وظاهر الماتن هنا حيث قال (**وفي اشتراط الاقباض اشكال**) التوقف في الحكم.

وقد استدل لشرطيته في الصحة بوجوه -١- الاية الكريمة (١) «فرهان مقبوضة» بتقريب انه سبحانه امر بالرهن المقبوض فلايتحقق المطلوب شرعا بدونه كما اشترط التراضي في التجارة والعدالة في الشهادة حيث قرنا بهما (وفيه) انها لودلت فانما هو بمفهوم الوصف ولانقول بحجيته - مع ان في دلالتها اشكالا من وجوه - منها عدم كونها في مقام بيان مشروعية الرهن بل في مقام بيان الامر باخذ الرهن فان حمل على الارشاد الى حفظ المال فعدم دلالتها على المقام واضح والافلم يعمل بها احد اذلاقائل بوجوب اخذ الرهن - ومنها غير ذلك.

٢- موثق (٢) محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام كما عن كتب الاصول وكثير من كتب الفروع - وعن ابي عبدالله عليه السلام كما في قليل من الاخيرة - لارهن الامقبوضا - واورد على الاستدلال به (تارة) بما افاده الشهيد الثاني ره من انه ضعيف السند لاشتراك قيس بين الثقة والضعيف وفي طريقه ابن سماعة (واخرى) بانه موافق لجمهور العامة فيحمل على التقية (وثالثة) بماعن المختلف من انه مشتمل على الاضمار فلايبقى حجة - واليه يرجع ماقيل - انه كما يحتمل ارادة نفي الصحة بدون القبض كك يحتمل ارادة

١- سورة البقرة آية ٢٨٣

٢- الوسائل - باب ٣ من ابواب كتاب الرهن حديث ١

بيان نفي الاعتداد به في الاستيثاق والطمانينة لا الشرطية - او نفي اللزوم - و في الكل نظر (اما الاول) فلان الظاهر بقرينة رواية عاصم بن حميد عن ابن قيس ان المراد به البجلي الثقة - و ان ابن سماعة فيه الحسن بن محمد بن سماعة وطريق الشيخ اليه قوى (واما الثاني) فلان مخالفة العامة من مرجحات احدى الروايتين على الاخرى عند فقد جملة من المرجحات لا من مميزات الحجة عن اللاحجة (واما الثالث) فلان الرهن المنفى يكون المراد به العين المرتهنة فظاهره ان العين لا تتصف بانها رهن ولا يتحقق هذا العنوان الا اذا كانت مقبوضة - فظهوره في نفي الصحة لا ينكر - وبه يظهر ما في الجواهر حيث انه قده بعد ابداء الاحتمال المذكور في الايراد الثالث قال بل لعل الظاهر منه ذلك اى كونه في مقام بيان عدم الاعتداد به في الاستيثاق بعد ان كان المنفى فيه العين المرهونة لا العقد الذي يوصف بالصحة والبطلان (فان قيل) كما في الجواهر ان الظاهر منه استدامة القبض للعين المرهونة باعتبار نفي الرهن بدونها منها الظاهر في لزوم اتصافها بذلك لصفة الرهن والاجماع بقسميه كما ستعرف على عدم اعتبار الاستدامة فيكون الخبر ارشادا الى حفظ المال فيدل على مشروعية الرهن بغير قبض (قلنا) ان الظاهر منه اعتبار مسمى القبض في تحقق الرهن لا بقائه في بقاء الرهن نظير - لا بيع الا في ملك - ولا عتق الا في ملك - و ماشا كل - وبما ذكرناه ظهر انه لا حاجة الى الاضمار حتى يقول المصنف ره ان اضمار الصحة غير معلوم ويجاب عنه كما عن الشهيد بان اضمار الصحة اولى.

٣ - خبر(١) محمد بن عيسى عن ابي جعفر عليه السلام لا رهن الا مقبوض - وتقريب الاستدلال به كما في سابقه - وبهما يقيد اطلاق ما دل على لزوم العقد ويخرج به عن الاصل - ثم ان هاهنا فروعا.

١ - هل يجب الاقباض ام لا - الظاهر عدمه على المختار لعدم الدليل عليه.

٢ - هل شرطية القبض على نحو الشرط المتاخر - او المقارن - ظاهر الخبرين هو الثاني لانهما يدلان على توقف صدق الرهن على القبض وعليه فلا رهن قبله فلا وجه

١ - الوسائل باب ٣ من ابواب الرهن حديث ٢

للحكم بترتيب آثاره من قبل .

٣- لو قبض المرتهن العين المرتهنة من غير اذن الراهن- قالوا لم ينعقد عقد الرهن ولم يصح بناء على اعتباره في الصحة - وفي الجواهر بلا خلاف اجده فيه (واستدل له) بانه قبض غير ماذون فيه فيكون كلاقبض - وبانه قبض منهي عنه - وبانه لايجب الاقباض عليه بالعقد فلا يسقط حق الرجوع المستصحب بقائه بل لايقطعه الاحصول المقطوع به من الشرط وهو القبض الماذون فيه - وبانصراف خبر اعتبار القبض الى الماذون فيه سيما بعد معارضته مع قاعدة عدم سقوط حق الغير الابرضاه - وبانه لااقباض في الفرض وهو معتبر في الصحة دون القبض (ولكن) الاول مصادرة اذ كونه كلاقبض فرع اعتبار الاذن والكلام الان فيه- والثاني مندفع بان النهي في المعاملات وما يتعلق ويلحق بها لايدل على الفساد كما حقق في محله فلابنا في الشرطية - والاستصحاب لايرجع اليه مع اطلاق الدليل - والانصراف ممنوع - وقاعدة عدم سقوط حق الغير الابرضاه ان اريد بها الاستصحاب فيرد عليه مامر والافلا دليل عليها بهذه الكلية - والشرط على مافي الخبر هو القبض دون الاقباض (فالاظهر) ان مقتضي اطلاق الخبرين كفاية القبض بلااذن بل مع النهي عنه- الاان يتحقق اجماع على عدم الاكتفاء بالقبض غير الماذون فيه.

ولو اشترط الرهن في عقد لازم آخر -يجب الرهن والقبض ويصير القبض مستحقا عليه للمرتهن بالشرط فيجوز ح و ان لم ياذن الراهن في القبض - فلااشكال في صحة الرهن ح وتحقق شرطه .

٤- ولو نطق بالعقد ثم جن او اغمي عليه قبل القبض فهل يبطل الرهن وجهان مبنيان على القول باشتراط القبض في الصحة كما هو المختار اواللزوم - والقول بعدم اشتراطه فيهما - اذ على الاول يكون العقد غير لازم وقد ادعوا الاجماع على بطلان العقود الجائزة بالجنون و الاغماء و الموت و ماشاكل الا ان يقال ان الاجماع على بطلان ما هو جائز في نفسه لا على بطلان ما يكون غير لازم لعدم تحقق شرط من شرائطه - وعلى الثاني لايبطل قطعا - فالمتحصل ان الاقوى عدم البطلان .

٥- لو رهن مافي يد المرتهن قبل الرهن - فان كان في يده على وجه شرعي من وديعة اوعارية اواجارة اونحو تلكم فالظاهر انه لاخلاف في الصحة - لان المعتبر القبض الذي هو استيلائه عليه لا الاخذ بالجارحة وهو حاصل لان استدامة القبض قبض - واعتبار كون القبض واقعاً ابتداء لادليل عليه والاصل والاطلاق ينفيانه - وان كان قبضاً غير ماذون فيه شرعا كقبض الغاصب فقد اطلق الاكثر الا كتفاء به ايضا لما تقدم من الدليل كذا في الحدائق - ودعوى - انه منهي عنه شرعا فلايكفي في تحقق الشرط - مندفعة بما مر من ان النهي عنه لايدل على الفساد مع انه يمكن ان يقال انه برضا الراهن باستدامة القبض يخرج يده عن العدوانية الى الامانة المالكية التي حقيقتها التسليط عن الرضا فيدخل في القسم الاول - ويمكن ان يستدل للصحة في هذا الفرع بوجه آخر - وهو ان دليل الشرط ظاهر اومنصرف الى اشتراط القبض في الرهن ان لم تكن العين المرتهنة مقبوضة فمع فرض كونها مقبوضة و لو بالقبض غير الماذون فيه لايكون القبض شرطا فاطلاقات الرهن قاضية بالصحة ومماذكرناه يظهر حال جملة من الفروع المذكورة في المقام .

حكم رهن الدين والمنفعة

المقام الثاني في شرائط المرهون صحة ولزوما (و) فيه مسائل - الاولى - المشهور بين الاصحاب انه (يشترط فيه ان يكون عينا) بل قيل انه لاخلاف ظاهر فيه ورتبوا عليه انه لايصح رهن الدين - ولارهن المنفعة - فالكلام في موردين الاول في رهن الدين فعن السرائر والغنية دعوى الاجماع على عدم صحته، واستدل له (تارة) بظهور الادلة في اعتبار العينية بهذا المعنى في صحة عقده او مفهومه (و اخرى) بان القبض معتبر في الرهن وهو غير ممكن في الدين الذي هو امر كلي لاوجود له في الخارج يمكن قبضه ومايدفعه المديون ليس هو عين الدين بل هو احد افراده (وثالثة) بان الرهن ليس الا من حيث عدم الوثوق باستيفاء مافي الذمة فكيف يستوثق في استيفائه بمثله (ورابعة)

بالشك في حصول القبض الذى هو شرط في الرهن بذلك بدعوى ظهور النصوص فى كون المقبوض الرهن نفسه الذى جرى عليه العقد لافرده وصدق القبض عرفا لايستلزم تحقق القبض المتبادر من الادلة بل هو قبض لايتناول كونه عليه فى الذمة (و خامسة) بالاجماع عليه ـ و الكل مردودة (اما الاول) فلانه ان اريد به ظهور الادلة فى كون المقبوض الرهن نفسه فيرجع الى الرابع وستعرف مافيه ـ وان اريد به ظهور الادلة في ذلك بلاربط له بالقبض فممنوع (واما الثاني) فلانه اذا عين المديون الكلى فى الفرد يصدق بقبضه قبض الدين نفسه لان الفرد عين الكلى ـ ولذا بنوا على الاكتفاء به فى الصرف والهبة وغيرهما ممايعتبر فيه القبض ـ اضف اليه انه لايتم لو كان الدين المرهون على المرتهن نفسه فانه مقبوض له ـ ولذا قالوا يصح التصارف بما فى الذمم و ان ذلك تقابض منهما قبل التفرق (واما الثالث) فلانه لو تم فانما هو فى غير ما لو كان الدين على المرتهن ـ وفيما لم يقبضه ـ مع انه لايتم لوضوح اختلاف الناس فى سهولة القضاء و عسره (واما الرابع) فلان الدين اذا كان على المرتهن يكون المقبوض هو المرهون نفسه ـ وان كان على غيره فحيث ان انطباق الكلى على الفرد قهرى والفرد فى الخارج كمايكون وجوداً لنفسه وجود للكلى فيصدق على قبضه قبض الرهن (و اما الخامس) فلعدم ثبوته لذهاب جمع من المحققين ـ منهم المحقق الارد بيلى والفاضل الخراسانى والشهيد الثانى والبحرانى وصاحب الجواهر الى الصحة ـ وقد صرح المصنف ره فى التذكرة ببناء المنع على اشتراط القبض ـ وقد مران عدم الاشتراط مختار جماعة (فالمتحصل) مماذكرناه انه يجوز رهن الدين للاصل والعمومات.

واما الثانى اى رهن المنفعة كسكنى الدار ـ ففى المسالك المنع من رهنها موضع وفاق (واستدل) له ـ بان المنفعة لايصح اقباضها الاباتلافها ـ وبان ـ المطلوب بالرهن وهو التوثق على المال لايحصل بها لانها تستوفى شيئا فشيئا و كل ما حصل منه شيء عدم ماقبله والمطلوب من الرهن انه متى تعذر استيفاء الدين استوفى من الرهن ذكرهما فى المسالك (ولكن) يردعلى الاول ـ ان المنفعة حيث تكون عبارة عن الحيثية القائمة

بالعين الموجودة بوجود ها على نحو وجود المقبول بوجود القابل ـ فمنفعة الدابة مثلا ليست ماهو فعل الراكب الذى هو من اعراضه لامن اعراض الدابة بل المضايف لفعل الراكب ـ والقبض عبارة عن الاستيلاء على الشيء ـ فبقبض العين يصدق قبض المنفعة و لذلك اكتفينا به فى الاجارة وغيرها ـ ويرد على الثانى مانبه عليه هو قده فى حاشيته على الروضة على ماحكى قال ان استيفاء الدين من غير الرهن ليس بشرط بل منه او عوضه ولو ببيعه قبل الاستيفاء كما لو رهن مايتسارع اليه الفساد قبله و المنفعة يمكن ذلك فيها بان يؤجر العين و يجعل الاجرة رهنا ـ و دعوى ـ ان الرهن ح هو الاجرة دون المنفعة ـ مندفعة ـ بان الرهن هى المنفعة و الاستيفاء انما يكون من الاجرة ـ و الفرق واضح ـ فاذاً لادليل على المنع من ذلك ايضاً سوى الاجماع .

الثانية لا خلاف فى اعتبار كون العين المرهونة (**مملوكة**) فلو رهن مالايملك كالحشرات وماشاكل بطل الرهن لعدم امكان استيفاء الدين منه .

كمالاخلاف فى اعتبار كون المرهون مملوكا للراهن اوماذونا فيه لعدم التمكن من استيفاء الدين بدونه ـ نعم لورهن مالايملك وقف على اجازة المالك فان اجاز صح بناء على ماتقدم فى كتاب البيع من كون صحة عقد الفضولى مع الاجازة على القاعدة لاللاجماع ولاللنص المختص بالبيع .

و هل يصح رهن الخمرام لاوجهان ـ اقول انه ان بنينا على ان الممنوع خصوص بيع الخمر والافايقاع الصلح وغيره من المعاملات عليها لااشكال فيه ـ فالظاهر صحة رهنها لامكان استيفاء الدين ح ولايعتبر فى الرهن ازيد من ذلك ـ وان قلنا بانه لايجوز اخذ العوض بازائها باي عنوان كان فالظاهر عدم جواز ذلك لعدم امكان استيفاء الدين منها (وعن) المبسوط والخلاف الجواز لووضعها على يد ذمى قال اذا استقرض ذمى من مسلم مالا ورهن بذلك خمرا على يد ذمى آخر يبيعها عند محل الحق فباعها واتى بثمنها جاز له اخذه ولايجبر عليه (وفيه) ان الخمر لايتعلق بها حق للمسلم

بعد النهی عن قربها فی الاخبار فالاظهر عدم الصحة .

یعتبر امکان قبض المرهون

الثالثة بناءاً علی مامر من شرطیة القبض لااشکال فی انه یعتبر ان (یمکن قبضه) فلو رهن مالایمکن قبضه کالطیر فی الهواء غیر المعتاد للعود والسمك فی غیر المحصور من الماء بحیث یتعذر قبضه عادة لم یصح و امابناء علی عدم شرطیة القبض فی صحة الرهن - فقد یقال بانه یعتبر امکانه لعدم الاستیثاق بمثل ذلك - وفی المسالك ولولم یشترط القبض امکن القول بالصحة مطلقا لعدم المانع وتخیل تعذر استیفاء الحق من ثمنه لعدم صحة بیعه یندفع بامکان الصلح علیه و کلیة ماصح بیعه صح رهنه لیست منعکسة کلیا عکسا لغویا - وهو حسن (ثم انه) هل المعتبر امکان القبض حین العقد اوحین التسلیم - فلورهن مالایمکن اقباضه حین العقد فاتفق القدرة علیه فاقبضه صح علی الثانی دون الاول - و لورهن ممکن الاقباض عند العقد فاتفق تعذره بعده صح الرهن علی الاول دون الثانی (الظاهر) هو الثانی اذ الشرط حقیقة هو القبض کما مر فمع عدم امکانه حینه لاقبض فلاشرط فلامشروط - واما اعتباره حین العقد فلادلیل علیه حتی لوقلنا باعتباره فی البیع لان مدرك اعتباره فی البیع لوقلنا به انما هو مادل علی النهی عن الغرر وهذا الوجه لایجری فی الرهن فتدبر .

وفی رهن المصحف عند الکافر خلاف - فعن الشیخ فی المبسوط والمحقق و المصنف و الشهیدین وغیرهم - صحته غایة الامر یوضع علی ید مسلم - قیل لایجوز ومنشأ الخلاف الاختلاف فی صدق السبیل علی کونه متعلقا لحق رهانة الکافر وعدمه (وعلیه) فالاظهر هو الاول - لانه اذا کان البیع عن المالك المسلم و البایع مسلما لایصدق ذلك - بل یمکن ان یقال بعدم اعتبار الوضع علی ید مسلم - لان بیع الکافر ایاه عن المسلم - لایعد سبیلا علیه والله العالم .

فی اعتبار امکان البیع

(و) الرابعة المشهوربین الاصحاب انه یشترط فی صحة الرهن ان (یصح بیعه) ای بیع المرهون لان مالایصح بیعه لایمکن استیفاء الدین منه ـ و فرعوا علیه عدم صحة رهن الوقف ـ لعدم جواز بیعه وان کان مملوکا للموقوف علیه ـ و علی تقدیر جوازه علی بعض الوجوه یجب ان یشتری بثمنه ملکا یکون وقفا فلا یتجه الاستیفاء منه مطلقا (وفیه) انه و ان لم یصح بیع الوقف لکن یصح اجارته فی بعض الموارد ومال الاجارة انما هو للموقوف علیه ـ وفی مثل ذلک یصح الرهن لا مکان الاستیفاء ولادلیل علی اعتبار الاستیفاء بالبیع ـ و ایضا ـ قد یجوز بیع الوقف و لایجب ان یشتری بثمنه ملکا یکون وقفا کمامر فی کتاب البیع ـ و علی الجملة ـ فان المعتبر هو امکان استیفاء الدین ففی کل مورد امکن صح الرهن کان باجارة المرهون اوبیعه او غیرهما ـ و فیما لم یمکن لایصح ـ و بذلک یظهر حال رهن منذور الصدقة و ماشاکل .

وهل یصح الرهن فی زمن الخیار للبایع اوللمشتری اولهما ـ فیه خلاف وقدمر تنقیح القول فیه فی الخیارات من کتاب البیع مفصلا.

ومما فرعود علی اعتبار امکان الا ستیفاء ـ انه لورهن مایسرع الیه الفساد ولا یمکن اصلاحه بتجفیف و غیره وقدشرط الراهن عدم البیع قبل الاجل لم یصح وفی الجواهر بل لااجد فیه خلافا لمنافاته مقصود الرهن ح (وفی المسالك) احتمال الصحة بدعوی ان شرط عدم البیع لایمنع صحة الرهن لان الشارع یحکم به علیه بعد ذلك صیانة للمال (واوردعلیه) بانه علی القول بوجوب صیانة المال حذرامن التبذیر والاسراف وصحة الشرط ووجوب الوفاء به یقع التزاحم بین التکلیفین (ویضعف) بان الشرط ح یبطل لانه شرط خلاف المشروع فیصح الرهن بناء علی المختار من عدم مفسدیة الشرط الفاسد (و یمکن) ان یذکر لبطلان الشرط وجه آخروهو منافاته لمقتضی عقد الرهن

فيبطل لذلك - فان صحة الرهن متوقفة على بيعه وجعل ثمنه رهنا - فالحق ان ما احتمله الشهيد الثانى ره من ان حكم شرط عدم البيع حكم مالو اطلق قوى.

واما فى صورة الاطلاق فالاظهر تبعا للمصنف والشهيدين و المحقق الثانى و غيرهم صحة الرهن فيبيعه المالك عند خوف الفساد ويجعل ثمنه رهنا - فان امتنع اجبره الحاكم جمعا بين الحقين - وعن الشيخ وظاهر ابنى زهرة وادريس البطلان نظرا الى عدم اقتضاء عقد الرهن بيع المرهون قبل الاجل فلا يجبر عليه الراهن وح فلا يملك المرتهن استيفاء الدين منه عند حلول الاجل بل يكون كرهن المقطوع بعدم بقائه الى الاجل وفيه مامر.

ثم ان ظاهر الماتن هنا وغيره عدم اشتراط شىء آخر فى صحة الرهن - لكن صرح غير واحد منهم الماتن فى غير هذا الكتاب - بانه لايصح رهن المجهول و عن الخلاف نفى الخلاف عن عدم صحة الرهن فيما فى الحق بل قيل ظاهره نفى الخلاف بين المسلمين وفى التذكرة لو كان مافى الحق مجهولا لم يصح الرهن قطعا فى المظروف خاصة للجهالة على اشكال ويصح الرهن فى الحق عندنا وان تفرقت الصفقة اذا كان له قيمة مقصودة.

وملخص القول فيه - انه ان كان المجهول غير معين بطل من جهة انه لاحقيقة ولا ماهية للمردد من حيث هو مردد - والا - فان لم يعلم المرتهن انه يمكن استيفاء تمام دينه منه بطل ايضا للغرر - واما ان علم بذلك فالظاهر هو الصحة اذ لايلزم من الجهل به الغرر والجهل من حيث هو لم يدل دليل على مانعيته والاصل عدمه - والاجماع على فرض ثبوته المتيقن منه غير الفرض.

الحق الذى يجوز اخذ الرهن عليه

المقام الثالث فى الحق الذى يجوز اخذ الرهن عليه - والمشهور بين الاصحاب انه الدين الثابت فى الذمة - وظاهر اشتراط كونه دينا عدم جواز الرهن على العين مطلقا مضمونة كانت ام غير مضمونة - وفى التذكرة - الاقوى جواز الرهن على الاعيان المضمونة

و فى المتن جوازه على كل (حق ثابت فى الذمة عينا كان اومنفعة) وتفصيل القول فى المقام بالبحث فى موارد.

١- لااشكال ولا كلام فى انه يصح الرهن على الدين الثابت فى الذمة والكتاب(١) والسنة (٢) ايضا يشهدان به- فهل يعتبر ثبوته قبل الرهن- ام يكفى ثبوته مقارنا معه او متاخرا عنه ام يفصل بين المقارن و المتأخر فيكفى التقارن خاصة - وجوه و اقوال(اما) مع التقارن بان شرك بين السبب والرهن فى عقد كمالو قال المشترى صالحتك عن هذا الفرس بمائة ورهنت الدار بها فقال قبلت فعن صريح الكركى و ظاهر غيره انه لايصح بل عن الرياض حكايته عن الاكثر بل قيل انه المشهور بين الاصحاب. (واستدل) له بانه يعتبر فى الرهن كونه على حق ثابت كماياتى فى المتاخر - وعليه - فحيث ان الشرط للسبب شرط لاجزائه ففى الاجزاء من الرهن غير الجزء الاخير من القبول تكون هذه ولادين والمفروض اعتباره(وفيه) انه على فرض تسليم المبنى ان الرهن كساير المعاملات من الاعتباريات ومن سنخ الوجود فلاتركب له ولا اجزاء - و عليه فاذا فرضنا التقارن بين الرهن والدين لابين المبرزين- ففى زمان ثبوت الرهن يكون الدين ثابتا فيصدق الرهن على الدين الثابت فتدبر حتى لاتبادر بالاشكال (واما) مع التاخر كمالو قال هذا الدار رهن على مااستدين منك غدا- فان كان المنشأ هو الرهن بعد الدين فلا اشكال في الصحة- واما اذا كان المنشأ هو الرهن فعلا فقد استدل لبطلانه (تارة) بانه لايتصور الرهن حقيقة بدونه (واخرى) بظهور الاية و النصوص فى تعقب الرهن للحق حتى يصدق انه استوثق على ماله- ولكن يرد(على الاول) ان حقيقة الرهن جعل العين وثيقة للحق ومعنى ذلك انه لاينقله الراهن عن ملكه - وللمرتهن استيفاء حقه منه عند حلول الاجل المضروب لاداء الحق ان لم يؤده من عليه الحق -بل حقيقته هو الثانى خاصة وهو يستلزم عدم اتلاف المرهون وعدم نقله عن ملكه على اشكال فيه - وهذا المعنى يتصور قبل ثبوت الحق وكون العين المرهونة متعلقة لحق الرهانة لامعنى

١- البقرة آية ٢٨٢- ٢-الوسائل باب ١ من ابواب كتاب الرهن

له الاذلك كما ان حق الرهانة ليس الاذلك - فعلى هذا لامحذور عقلى فى الرهن قبل ثبوت الحق ويرد (على الثانى) ان الاية وجملة من النصوص وان اختصت بصورة سبق الحق لكنها لاتدل على الاختصاص بذلك المورد كى يقيد بها اطلاق بقية النصوص و عموم مادل على نفوذ المعاملات و صحتها - فاذاً لادليل على المنع من الصحة سوى الاجماع وتسالم الاصحاب عليه .

٢- الاكثر على عدم صحة اخذ الرهن على الاعيان المضمونة - كالمغصوبة والعارية المضمونة والمقبوض بالسوم ونحوها - (واستدل) له بـالاصل بعد عدم دليل للصحة لعدم الاجماع و اختصاص الاية وجملة من النصوص بالدين و عدم انصراف اطلاق باقيها بحكم التبادر الى محل الفرض - والمراد بالعقود المامور بالوفاء بها المتداولة فى زمان الشارع وفى كون محل الفرض منها نوع شك وغموض وان علم تناول جنس الرهن - وتسميته رهنا حقيقة فى اللغة و العرف غير معلومة ذكر ذلك كله سيد الرياض - وبان - مقتضى الرهن استيفاء المرهون به من الرهن وفى الاعيان يمتنع ذلك لامتناع استيفاء العين الموجودة من شيء آخر (ولكن) الاصل لامورد له بعد اطلاق بعض نصوص الرهن وعموم ادلة امضاء المعاملات الذين لاينافيهما اختصاص مورد بعضها بالدين وعدم تداول هذا العقد فى زمان الشارع لعدم حمل المطلق على المقيد فى المثبتين - و عدم صلاحية عدم التعارف للانصراف المقيد للاطلاق فضلا عن تخصيص العام - وعدم صدق الرهن عليه مكابرة واضحة - واما امتناع استيفاء العين من المرهون - فيندفع بانه لايعتبر امكان استيفاء نفس الحق منه بل يكفى امكان استيفاء بدله فلو امكن اخذ العوض عند الحيلولة او التلف الذى هو محل الحاجة كفى ذلك فى صحة الرهن لعدم اخذ ما ذكر فى مفهومه ولم يدل على اعتباره دليل - و الى ذلك يرجع ماعن التذكرة من الجواب عن هذا الوجه بانه يمكن التوثق بالرهن لاجل اخذ عوضها عند تلفها (فالاظهر) هى الصحة كما فى المتن وعن غيره و يشهد بها مضافا الى مامر مادل من النصوص على نفى الباس عن الاستيثاق بالمال - كصحيح(١) محمد بن مسلم عن احدهما (ع) عن

١- الوسائل - باب ١- من ابواب كتاب الرهن حديث ٥

السلم في الحيوان و في الطعام و يؤخذ الرهن ـ فقال (ع) نعم استوثق من مالك ما استطعت ونحوه غيره الشاملة لمحل الفرض .

٣ـ المعروف عدم جواز اخذ الرهن على الاعيان غير المضمونة ـ كما اذا كانت امانة في يده كالوديعة والعارية غير المضمونة ـ وفي المسالك عدم جواز الرهن على الاول (اى العين غير المضمونة) موضع وفاق ـ وهو الحجة فيه ـ و الا ففيما استدل به له من عدم كونها وقت الرهن مضمونة وان احتمل تجدد سبب الضمان بالتعدى او التفريط او الاتلاف ـ والرهن انما يصح عند وجود سبب الضمان ـ نظر لما مر من عدم اعتبار ثبوت الحق حين الرهن ـ مع ان وجود سبب الضمان المطلق لا اثر له ـ اذ نفس العين لا يؤخذ عليها الرهن وما يؤخذ عليه هو بدلها عند التلف وعليه فلا فرق بين الرهن على الاعيان المضمونة وغيرها .

٤ـ هل يؤخذ الرهن على المضمون بحكم العقد كالثمن والمبيع و نحوهما ـ لاحتمال فساد العقد باستحقاق العوض او نقصان قدره او ما شاكل كما عن الشهيد ره وجماعة لتحقق الفائدة وهي التوثق والارتفاق ـ ام لا يصح اخذه لعدم علم الاستحقاق في عهدة الثمن والمبيع واحتماله غير كاف في صحة الرهن وان كان لو تحقق لظهر انكشافه من اول الامر ـ وجهان (اظهرهما) الاول على القول بصحة الرهن علي الاعيان غير المضمونة من غير جهة الاجماع كما لا يخفى .

٥ـ في اخذ الرهن على مال الجعالة قبل تمام العمل اقوال ـ ثالثها ما عن التذكرة من الجواز لو شرع في العمل وان لم يتمه و عدمه مع عدم الشروع (اقول) بناء على ما تقدم من عدم الدليل على اعتبار ثبوت الحق في صحة الرهن سوى الاجماع ان ثبت فالظاهر هو القول الاول ـ فان المتيقن من معقد الاجماع ما اذا لم يتحقق المقتضى للاستحقاق وفي المقام لثبوت عقد الجعالة قد تحقق ـ واما بناء على اعتبار ثبوت الحق في صحته بمقتضى الادلة فالاظهر هو القول الثاني لما مر من عدم استحقاق الجعل قبل العمل ولا يقاس بالاجارة فان فيها يستحق الاجرة بمجرد العقد كما تقدم ولا فرق في ذلك

بين الشروع في العمل وعدمه .

رهن الحامل ليس رهنا للحمل

المقام الرابع في الاحكام - وفيه مسائل -١-(**ويقف رهن غير المملوك على الاجازة**) لما مر من ان الفضولي في العقود انما هو على القاعدة فلا يختص بالبيع (**ولو ضمهما**) اي رهن ما يملكه وما لا يملكه (لزم في ملكه) و توقف في ملك شريكه على الاجازة - وللمرتهن الخيار خيار التبعض ان لم يجز .

٢- (**ويلزم**) الرهن (**من جهة الراهن**) لعموم ما دل (١) على لزوم العقد - ولا يلزم من جهة المرتهن لان الحق له فله اسقاطه كغيره من الحقوق .

٣- (**ورهن الحامل ليس رهنا للحمل وان تجدد**) كما عن المبسوط و الخلاف ونكت النهاية للمحقق و التحرير والتذكرة والقواعد و المختلف و الايضاح والتنقيح وغيرها بل عن التذكرة الاجماع عليه - وعن الاكثر بل المشهور انه رهن له وعن الانتصار انه مما انفردت به الامامية وعن الغنية الاجماع عليه و عن السرائر انه مذهب اهل البيت عليهم السلام و ان عدم الدخول مذهب المخالفين .

و كيف كان فحمل المرهون ان كان قبل الرهن - فلعل ظاهر جعل الحامل رهنا جعله كك بما له من التوابع ومنها الحمل - واما الحمل المتحقق بعده - فان كان بنظر اهل العرف معدودا من صفات الرهن كحمل الشجرة والفوائد المتصلة كالسمن وما شاكل - كان رهنا قطعا بل قيل انه لا يصح اشتراط خروجها و ان كان يعد مستقلا كحمل الدابة - فالظاهر عدم كونه رهنا اذ التبعية في الملكية غير مستلزمة للتبعية في الرهنية كما لا يخفى .

(و) على اي حال لا شبهة ولا خلاف في تبعية (**فوائد الرهن**) في الملكية له وتكون (**للمالك**) وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه بل المحكي منهما مستفيض كالنصوص

١- المائدة آية ٢

بل يمكن دعوى ضرورة المذهب بل الدين عليه انتهى ويشهد به مضافا الى وضوحه النصوص (١) الدالة على انه ان كان المرهن غلة وفوائد و تصرف فيها المرتهن وجب عليه ان يحتسبها من دينه - ومادل على انه ان ركب الدابة اوانتفع بلبنها يجب عليه ان ينفق عليها بازاء ذلك .

٤- (ورهن احد الدينين ليس رهنا على الاخر) بلا اشكال لان تحقق الرهن يتوقف على الانشاء والتراضي .

(و) كذا لا اشكال ولا خلاف في انه (لو استدان آخر وجعل الرهن على الاول رهنا عليهما صح) اذ مشغوليته بالدين الاول غير قادحة بعد عدم التنافي بينهما - كما لو رهنه عليهما من الاول - وعليه - فان انشأ الرهن عليه ايضا فلا كلام وان اراد ادخاله في الرهن الاول فلابد وان يبطل الرهانة الاولى ثم يجدد لهما .

٥- (وللولي الرهن مع مصلحة المولى عليه) وقد تقدم الكلام في ذلك تحت عنوان عام في كتاب البيع وبينا هناك شروط تصرف الولي ومايرجع الى ذلك من الفروع والاحكام وليس للرهن خصوصية تستدعي تكرار ماذكرناه .

الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف

٦- قالوا (وكل من الراهن والمرتهن ممنوع من التصرف بغير اذن صاحبه) اما المرتهن فظاهر لانه غير مالك ومجرد الرهن لايستلزم جواز التصرف - واما مادل (٢) على المنع عن بيعه اذا لم يقدر على الراهن - فهو غير ماهو محل الكلام مضافا الى معارضته (٣) بمادل على الجواز - وبالجملة الكلام انما هو في غير البيع بعد حلول الاجل - وعدم جواز التصرف ح من الواضحات (نعم) في خصوص ما اذا كان عنده دابة او حيوان رهنا فانفق عليها دلت النصوص (٤) على جواز الانتفاع بها بالركوب و شرب اللبن

١- الوسائل- باب ١٠ -من ابواب كتاب الرهن

٢-٣ - الوسائل- باب ٤ -من ابواب كتاب الرهن

٤- الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كتاب الرهن

وماشاكل - وافتى به الشيخ في محكي النهاية وهو الظاهر من الصدوق ره ومال اليه الفاضل الخراساني وجماعة وقواه المحدث البحراني وبعض آخر - و الاصحاب حملوا هذه الاخبار على ما اذا اذن له الراهن - وهو بلا شاهد - بل يمكن تطبيقها على القاعدة من جهة ان نفقة الرهن حيث تكون على الراهن لانه ماله وله نمائه فعليه نفقته - فاذا سلمه الى المرتهن ولم ينفق عليه ولا وكله في ذلك يكون ظاهر حاله ان للمرتهن الانتفاع بظهره ولبنه بازاء نفقته ولعله يكون ذلك من قبيل الشروط الضمنية في رهن امثال ذلك - و كيف كان فالحكم ظاهر بعد ورود النص المعتبر الذي عمل به جمع من الاصحاب .

واما الراهن فبالنسبة الى التصرفات الناقلة له عن ملكه من البيع وما شابهه فقد اشبعنا الكلام فيه في كتاب البيع فلا نعيد (واما) التصرفات الاخر - فما كان منها منافيا لاستيفاء حق المرتهن من الاتلاف وشبهه فعدم جوازه ظاهر لانه تفويت لمتعلق حق الغير فلا يجوز كما لا يجوز اتلاف ماله .

واما غير المنافي لذلك - فالمشهور بين الاصحاب عدم جوازه ايضا (واستدلوا) له - بالاجماع - وبالنبوي (١) المذكور في كتب الفروع - الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن - وعن الايضاح انه مشهور النقل - وبانه لما كان الرهن وثيقة لدين المرتهن امافي عينه او بدله ولم يتم الوثيقة الا بالحجر على الراهن وقطع سلطنته ليتحرك الى الاداء فلا يجوز له التصرف ذكره في المسالك ومحكي التذكرة - واليه يرجع ماعن الدروس من تعليله المنع بان الغرض من الرهن الوثيقة ولا وثيقة مع تسلط المالك على البيع والوطء او غيره من المنافع الموجبة للنقص او الاتلاف (اقول) اما الاجماع فلم يثبت كونه تعبديا - و اما النبوي فلم يثبت استناد الاصحاب اليه و لذلك تراهم يستدلون على المنع بوجوه اعتبارية و لو كان النبوي حجة لديهم لكانوا يستدلون به - واما الوجه الاخير - فيرد على جميع تقاريبه التي مآلها الى شيء واحد انه يتم بالنسبة الى التصرف المانع عن استيفاء المرتهن حقه واما غير المانع فلا يصلح هذا الوجه شاهدا على المنع عنه - وعليه - فما عن ظاهر الصدوق و صريح

١- المستدرك باب ١٧ من ابواب كتاب الرهن حديث ٦

المحقق الاردبيلى و الفاضل الخراسانى والمحدث البحرانى من جواز التصرفات غير المنافية هو الاظهر اذلادليل على المنع عنها والاصل يقتضى الجواز وفى جملة من النصوص (١) تجويزوطء الامة التي ارهنت للراهن - وهى شاهدة بذلك ايضا والله العالم .

ثم انه على فرض المنع لااشكال فى جواز التصرف مع اذن المرتهن - كما انه يجوز للمرتهن مع اذن الراهن - و عليه تسالم الاصحاب - ويمكن ان يجعل ذلك قرينة على عدم شمول النبوى للتصرفات غير المنافية بتقريب انه من هذا التسالم والاجماع يستكشف ان المنع عن التصرف ليس تعبديا محضا بل انما هو لرعاية حق المرتهن فيختص بماينافى حقه فلايعم مطلق التصرف ولولم يكن منافياله .

اشتراط وكالة المرتهن فى البيع

٧- اذاحل الاجل وتعذر الاداء فان كان المرتهن وكيلا فى البيع فلااشكال فى جواز بيعه واستيفاء حقه والافليس له البيع لانه تصرف فى مال الغير بغير اذنه - ولما ورد(٢) فى ما اذا كان الراهن غائبا من المنع عن بيعه حتى يجيء صاحبه (نعم) له ان يراجع الراهن ويلزمه بالبيع وان امتنع رفع الامر الى الحاكم الشرعى فيلزمه الحاكم بالبيع فان ابى باعه عليه كما يفعل ذلك فى ساير الحقوق - ففى خبر (٣) عمار عن الصادق (ع) كان امير المؤمنين عليه السلام يجلس الرجل اذا التوى على غرمائه ثم يامر به فيقسم ماله بالحصص فان ابى باعه فقسم فيهم يعنى ماله - وعلى الجملة - ان ذلك وظيفة الحاكم والقاضى كما نشاهد خارجا فيثبت لحكام العدل بمقتضى مادل (٤) على انه عجل الله فرجه جعل

١- الوسائل- باب ١١ من ابواب كتاب الرهن

٢- الوسائل -باب ٤- من ابواب كتاب الرهن حديث ١- ٣

٣- الوسائل -باب ٦- من ابواب كتاب الحجر - حديث ٢

٤- الوسائل -باب ١١- من ابواب صفات القاضى - من كتاب القضاء حديث ١-٦

المجتهد حاکما وقاضیا .

ثم انه لماکان اطلاق العقد لایقتضی کون المرتهن وکیلا فی البیع ـ فقدوقع الکلام فی انه **(لو شرط)** فی ضمن عقد الرهن **(وکالة المرتهن)** فی البیع ـ فهل ینعزل بالعزل ام لا ـ فالمشهور بین الاصحاب شهرة عظیمة کادت تکون اجماعا ـ انه **(لم ینعزل مادام حیا)** ـ وعن الشهید فی اللمعة انها کسایر الوکالات جائزة فینعزل بالعزل ـ و فی الشرایع بعد الحکم بانه لیس للراهن فسخ الوکالة قال علی تردد (اقول) مقتضی عموم مادل(١) علی وجوب الوفاء بالشرط ولزومه ان لایکون له عزله لو شرط الوکالة بنحو شرط النتیجة ـ وقد استدل للجواز (بان) الوکالة من العقود الجائزة ومن شانها تسلط کل منهما علی الفسخ (وبان) الشروط لایجب الوفاء بها وان کانت فی ضمن عقد لازم بل غایتها تسلط المشروط له علی فسخ العقد المشروط فیه (وبان) لزوم الشرط انما هو مع ذکره فی ضمن عقد لازم کالبیع والرهن لیس کک فان ترجیح احد طرفیه علی الاخر ترجیح من غیر مرجح ـ اذقدمر انه لازم من طرف الراهن وجائز من طرف المرتهن ـ وفی الکل نظر (اما الاول) فلان جواز الوکالة الثابتة بالتوکیل غیر ملازم لجواز الوکالة الثابتة بالاشتراط والفرض دلالة دلیل الشرط علی اللزوم (واما الثانی) فلما مر من لزوم الشرط (واما الثالث) فلان الشرط فی ضمن العقد الجائز ایضا لازم الوفاء مادام العقد باقیا کمامر ـ مع ـ انه حیث یکون الرهن لازما من طرف الراهن کان مایلتزمه الراهن علی نفسه لازما من جهته عملا بمقتضی اللزوم والشرط وقع من الراهن علی نفسه فالاظهر انه لاینعزل مادام حیا (نعم) تبطل الوکالة المشروطة بموت المشروط له و کذا بموت الشارط ـ لان الوکالة اذن فی التصرف فیقتصر فیها علی من اذن له فاذامات احدهما بطلت من هذه الجهة ـ الاان یشترط ان یکون وارثه وکیلا بعد موته ـ (و) کذا **(لو اوصی الیه)** فانه ی **(لزم)** فی هذین الموردین ولاتبطل الوکالة (ثم انه) لماکان الرهن وثیقة علی الدین فمادام الدین باقیا یبقی الرهن (و) علیه ف **(الرهانة موروثة)** لومات المرتهن.

١ـ الوسائل باب ٦ ـ من ابواب الخیار کتاب التجارة

المرتهن امين لايضمن

٨- (**والمرتهن امين لايضمن بدون التعدى فيضمن به**) اما عدم الضمان بدون التعدى فهو المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة بل عن الخلاف والغنية والسرائر والتذكرة والمفاتيح الاجماع عليه - والكلام فيه فى موردين - الاول - فيما يقتضيه القاعدة - الثانى فى مقتضى النصوص الخاصة .

اما الاول - فقد مر غير مرة ان مقتضى القاعدة - كون اليد من موجبات الضمان الا اليد الامانية من غير فرق بين المالكية منها والشرعية - ومن غير فرق فى المالكية بين العقدية منها وغيرها - وعليه فلا ضمان عليه فى المقام لان يده امانية - وقد يستدل على عدم الضمان بالنبوى (١) الخراج بالضمان - بدعوى ان خراج الرهن للراهن فضمانه عليه - وقد مر الكلام فيه فى كتاب الغصب - وبالنبوى(٢) الاخر الذى استدل به هنا غير واحد من الاصحاب - لايغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه اى لايملكه المرتهن بالارتهان .

واما الثانى ففى المقام طوائف من النصوص (الاولى) مايدل على عدم الضمان كصحيح (٣) اسحاق بن عمار الصيرفى الثقة قلت لابى ابراهيم (ع) الرجل يرتهن العبد فيصيبه عور اوينقص من جسده شيء على من يكون نقصان ذلك قال (ع) على مولاه قلت ان الناس يقولون ان رهنت العبد فمرض اوانفقأت عينه فاصابه نقصان من جسده ينقص من مال الرجل بقدر ماينقص من العبد قلت ارأيت لو ان العبد قتل قتيلا على من تكون جنايته قال جنايته فى عنقه - وخبره(٤) الاخر عنه(ع) قال قلت الرجل يرهن الغلام والدار فيصيبه الافة على من يكون قال(ع) على مولاه - وصحيح(٥) جميل عن الصادق

١- صحيح الترمذى ج٥- ص٢٨٥ - وسنن ابى داود ج٢- ص٢٥٥

٢- التذكرة ج٢- ص٣٢

٣-٤-٥- الوسائل باب ٥- من ابواب كتاب الرهن- حديث٢-٦-١-

عن رجل رهن عندرجل رهنا فضاع الرهن قال(ع) فهو من مال الراهن و يرتجع المرتهن عليه بماله ونحوها غيرها (الثانية) مايدل على الضمان ـ كخبر(١) محمد بن قيس عن الباقر(ع) قضى اميرالمؤمنين(ع) فى الرهن اذا كان اكثر من مال المرتهن فهلك ان يؤدى الفضل الى صاحب الرهن وان كان الرهن اقل من ماله فهلك الرهن ادى الى صاحبه فضل ماله ـ وان كان الرهن يسوى مارهنه فليس عليه شيء ـ ومثله موثق(٢) ابن بكير ـ واخبار(٣) ابى حمزة ـ وعبدالله بن الحكم ـ واسحاق بن عمار وغيرها (الثالثة) مايدل على عدم الضمان الامع التعدى او التفريط كمرسل(٤) ابان عن الصادق(ع) انه قال فى الرهن اذا ضاع من عند المرتهن من غير ان يستهلكه رجع بحقه على الراهن فاخذه وان استهلكه تراد الفضل بينهما (والجمع) بين النصوص يقتضى تقييد اطلاق الاوليتين بالثالثة ـ فالنتيجة عدم ضمان المرتهن الامع التعدى او التفريط كماهو مقتضى القاعدة ـ و اما خبر(٥) عبيد بن زرارة عن الصادق(ع) فى رجل رهن عندرجل مملوكا فجذم ـ اورهن عنده متاعا فلم ينشر ذلك المتاع ولم يتعاهده ولم يحركه فاكل اى اكله السوس هل ينقص ماله بقدر ذلك قال(ع) ـ لا الظاهر فى عدم الضمان مع التفريط بترك الحفظ ـ فلعدم عمل الاصحاب به وارساله لايعتمد عليه كما ان مادل(٦) على عدم سماع دعوى المرتهن تلف الرهن المخالف لما عليه قاعدة الايتمان من سماع دعوى التلف منه لان عدمه ينافى الايتمان ـ لعدم عمل الاصحاب به غير ابن الجنيد يتعين طرحه.

ثم انه بعد ماعرفت من الضمان فى صورة التعدى و التفريط(ف)اعلم انه(**يضمن به مثله ان كان مثليا والاقيمته**) كما هو الميزان فى باب الضمان كما مر فى كتاب الغصب والكلام فى ان المدار فى القيمة على يوم الضمان او الدفع اوغيرهما ـ هو الكلام فى ذلك فى ساير الموارد وقد مر تنقيح القول فيه ـ ولكن لاوجه لقيمة (**يوم القبض**)هنا اصلا

١-٢-٣- الوسائل- باب٧- من ابواب كتاب الرهن- حديث٢-٣-١-٥-٢

٤- ٥- الوسائل - باب٥- من ابواب كتاب الرهن حديث٧- ٩

٦- الوسائل- باب٩- من ابواب كتاب الرهن

ولو كان ابدل يوم القبض -بيوم التعدى الذى هو يوم خروج اليد عن كونها امانية كان اولى كما لايخفى فتدبر .

حكم الاختلاف فى القيمة

٩- (و) لو اختلفا فى القيمة بعد التلف بالتفريط او التعدى فعن الاكثر -ان القول قول الراهن - وعن الحلى والمصنف هنا والشهيدين و كثير من المتاخرين ان **(القول قوله)** اى قول المرتهن **(مع يمينه فى قيمته)** واستدل للاول بان المرتهن خائن بتفريطه فلا يقبل قوله (وفيه) ان عدم قبول قوله من جهة انه خائن . لاينا فى قبوله من حيث انه منكر لاصالة البرائة عن الزايد - فالاظهر هو الثانى (نعم) ان كان الراهن مدعيا للنقص كما لو كان هو المتلف للرهن واراد المرتهن القيمة منه ليجعلها رهنا فادعى الزيادة - كان القول قول الراهن للاصل الموجب لكونه منكرا .

ولو اختلفا فى التفريط وعدمه- فادعاه الراهن وانكره المرتهن- فالقول قول المرتهن فى **(عدم التفريط)** لما مر من انه امين يقبل قوله للنهى عن اتهام من ائتمن .

ولو اختلفا فى قدر الدين- فادعى الراهن القلة - و المرتهن الزيادة - فالقول قول الراهن واليه اشار المصنف ره بقوله **(لاقدر الدين)** يعنى انه لايقدم قول المرتهن فى قدر الدين - لاصالة البرائة عن الزيادة الموجبة لصيرورة الراهن منكرا.

١٠- اذا قصر مال الراهن عن ديونه - فقد يكون حيا - وقد يموت قبل اداء شىء منها- فعلى الاول ان لم يحجر عليه فلا اشكال ولا خلاف فى ان المرتهن احق باستيفاء دينه من الرهن بل التعبير بالاحقية مسامحة فان له حقا متعلقا به دون غيره و اما ان حجر عليه **(هو احق به من باقى الغرماء)** كما هو المشهور شهرة عظيمة ولم ينقل الخلاف عن احد وظاهر المسالك الاجماع عليه (والوجه) فيه ان حقه متعلق بالعين فبمقدار حقه من العين لايتعلق حق الغرماء بها- وبعبارة اخرى- انه استحق الاستيفاء من الرهن قبل تعلق ساير الديون بالاموال فلايشاركه احد - فان حق الغرماء يتعلق بالملك الطلق- وعلى

الثاني فالمشهور بينهم ذلك لما مر (وعن) ظاهر الصدوق وجمع من المحدثين انه يشترك مع ساير الغرماء واستندوا في ذلك الى خبر (١) عبدالله بن الحكم عن ابى عبدالله(ع) عن رجل افلس وعليه دين لقوم وعند بعضهم رهون وليس عند بعضهم فمات ولا يحيط ماله بما عليه من الدين قال(ع) يقسم جميع ما خلف من الرهون وغيرها على ارباب الدين بالحصص و نحوه مكاتبة(٢) سليمان بن حفص (ولكن) الخبرين ضعيفان - اما الاول فلعبدالله الضعيف المرتفع القول - واما الثاني - فلان علماء الرجال لم ينصوا على توثيق سليمان ولا على مدحه - اضف الى ذلك اعراض المشهور عنهما فالاظهر في هذا المورد ايضا انه احق به من باقي الغرماء (و)ح(لو فضل من الدين شيء) بان قصر الرهن عن وفاء الدين شارك المرتهن مع الغرماء (في الفاضل) بلاخلاف ولا اشكال لان دينه في الذمة ولا تكون منحصرا في الرهن (ولوفضل من الرهن و) كان (له دين) آخر (بغير رهن) ولم يف الفاضل بما على الراهن من الديون الثابتة عليه من المرتهن وغيره (ساوى) المرتهن (مع الغرماء فيه).

١١- قد مر ان المرتهن ممنوع من التصرف في الرهن الا مع اذن الراهن - وعليه (لو تصرف المرتهن بدون اذن الراهن) اثم و(ضمن) العين لو تلفت (وعليه الاجرة) بلاخلاف ولا اشكال لانه استوفى منفعة مال الغير فعليه ضمانها واجرتها وللحسن (٣) عن الباقر (ع) ان امير المؤمنين (ع) قال في الارض البور يرتهنها الرجل ليس فيها ثمرة فزرعها و انفق عليها ماله انه يحتسب له نفقته وعمله خالصا ثم ينظر نصيب الارض فيحسبه من ماله الذي ارتهن به الارض حتى يستوفي ماله فاذا استوفى ماله فليدفع الارض الى صاحبها .

حكم مالو باع المرتهن الرهن

١٢- قد بينا في كتاب البيع حكم بيع الراهن مع اذن المرتهن او بدون اذنه

١-٢- الوسائل- باب ١٩- من ابواب كتاب الرهن- حديث ١-٢

٣- الوسائل - باب ١٠- من ابواب كتاب الرهن حديث ٢

(٩) اما بيع المرتهن فان كان بعد حلول الاجل واشترط وكالته صح وسقط حق الرهانة و اما (**لو اذن الراهن**) المرتهن (**فى البيع قبل الاجل فباع**) فالمشهور بل لم ينقل الخلاف الاعن بعض متاخرى المتاخرين انه (لم) يجز للمرتهن ان (**يتصرف فى الثمن**) على معنى كونه رهنا عنده عوض المبيع كما صرح به فى الجواهر ومحكى الروضة بل قيل انه لا خلاف فيه سوى ما حكاه فى الجامع بلفظ القيل من انه لا يكون رهنا ـ ولكن الظاهر من صاحب الحدائق ره حيث قال ولم يحضرنى الان تصريح احد منهم بالحكم المذكور انه لم يستظهر من كلام الاصحاب من المنع عن التصرف فيه ـ كونه رهنا .

وكيف كان فان كان مراد الاصحاب كون الثمن رهنا ـ فيشكل تطبيقه على القاعدة اذ حق الرهانة متعلق بالمبيع بشخصه وثبوته فى عوضه يحتاج الى دليل ـ وهم غير ملتزمين بذلك فى عكس المسألة و هو ما لو اذن المرتهين للراهن فى البيع فانهم قالوا بسقوط حق الرهانة رأسا وعدم تعلقه بالثمن (و دعوى) الفرق بينهما من جهة ظهور اذن المرتهن فى البيع فى اسقاط حقه كما فى الجواهر (فيها) انه لو لم يكن البيع بنفسه مسقطا فكيف يكـون الاذن فيه اسقاطا ـ و على الجملة ـ تعلق حـق الرهانة بالثمن يحتاج الى دليل مفقود (اللهم) الا ان يقال ان مراد الاصحاب بذلك ـ انه كما لو باع المرتهن الرهن بعد حلول الاجل باذن الراهن يسقط حق الرهانة عن المبيع والثمن غاية الامر يبقى اثره وهو استيفاء الدين من الثمن كك لو باعه قبل حلول الاجل يسقط حق الرهانة ولكن اثره وهو استيفاء الدين من الثمن لو لم يؤد الراهن يكون باقيا الا انه حيث لم يحل الاجل ليس له التصرف فيه باستيفاء الدين حتى مع الشرائط التى يجوز له التصرف لو كان بعد حلول الاجل ـ وعليه ـ فيتم ما ذكروه كما يتم ـ ما ذكره المصنف ره ـ من قوله (**الا بعده**) ولا يرد عليه ما فى الجواهر من ان جواز التصرف بعد حلول الاجل ايضا واضح البطلان ـ و بما ذكرناه يجمع بين كلمات الاصحاب ويظهر ان مراد من انكر تعلق حق الرهانة بالثمن انه ليس بدلا عن المبيع فى كونه متعلقا لحق الرهـانة ـ ومراد من اثبته ان له استيفاء الدين منه بعد حلول الاجل على شرائطه باذن الراهن او امتناعه واذن الحاكم ـ او بدون

اذنه ـ ويعضد ذلك تعبير الفقهاء عنه بعدم جواز التصرف قبل حلول الاجل و جوازه بعده لا بكونه رهنا فتدبر فانه دقيق لطيف (نعم) يبقى الاشكال فى عكس المسألة ـ ويمكن توجيه ما افادوه هناك بان ظاهر اذن المرتهن في بيع الراهن لنفسه انه يسقط حقه من استيفاء الدين من الثمن ـ وعليه فلابد من التفصيل بين مالو كان لكلامه المتضمن للاذن هذا الظهور وعدمه ـ ولعله عليه قرينة نوعية والله العالم.

لو خاف جحود الوارث للدين

١٣-(ولو) كان له دين على شخص ومات وعنده رهن منه ـ فتارة لا يجحد الورثة الدين ـ واخرى يجحدونه او يخاف المرتهن من جحودهم ـ وعلى التقديرين ـ قد يتمكن من اقامة البينة ـ وقد لا يكون عنده بينة مقبولة ـ فان علم اوظن بـل (**خاف جحود الوارث ولا بينة**) له فالمعروف بين الاصحاب انه (**جاز له ان يستوفى من الرهن من مافى تحت يده**) وعن شرح الارشاد ومجمع البرهان الاجماع عليه ـ والاصل فى ذلك ـ مضافا الى الاجماع ـ والى حديث (١) نفى الضرر ـ ومادل (٢) على جواز المقاصة فى بعض الموارد ـ مكاتبة (٣) المروزى لابى الحسن (ع) فى رجل مات وله ورثة فجاء رجل فادعى عليه مالا وان عنده رهنا فكتب (ع) ان كان له على الميت مال ولا بينة له فليأخذ ماله بما فى يده وليرد الباقى على ورثته ومتى اقر بما عنده اخذ به وطولب بالبينة على دعواه واوفى حقه بعد اليمين ـ ومتى لم يقم البينة والورثة ينكرون فله عليهم يمين علم يحلفون بالله ما يعلمون ان له على ميتهم حقا ـ وضعف سنده منجبر بما سمعت ـ وبه يظهر ان ذلك فى صورة عدم الاعتراف بالرهن والا فلو اعترف به وادعى دينا لم يحكم

---

١ ـ الوسائل باب ١٧ ـ من ابواب الخيار

٢ ـ البقرة آية ١٩٤ ـ النحل ـ آية ١٢٦ ـ الوسائل باب ٨٣ من ابواب ما يكتسب به حديث ٤ ـ ٥ ـ ٦

٣ ـ الوسائل ـ باب ٢٠ ـ من ابواب كتاب الرهن حديث ١

له وكلف البينة وله احلاف الوارث .

ولو لم يخف الجحود ففيه قولان - احدهما ان له ان يستوفى دينه - لاطلاق الخبر - ثانيهما المنع لوجوب الاقتصار على المتيقن فيما خالف اصل عدم جواز التصرف فی مال الغير بغير اذنه - و الاول اظهر - نعم لو اقر بما عنده يؤخذ به ويطالب بالبينة . وان تمكن من اقامة البينة ليس له استيفاء حقه مما في يده لاختصاص الخبر بما اذا لم يكن له بينة (و ما) عن مجمع البرهان من ان الرواية غير صريحة بالاشتراط ای اشتراط عدم البينة وانما فيها اشعار يمكن ان يكون قد خرج مخرج الغالب (يدفعه) ان حمل القيد على الغالب بلا قرينة عليه غير صحيح - و عدم صراحة الخبر بالاشتراط لا يضر بعد كون الحكم على خلاف القاعدة لابد من الاقتصار فيه على المتيقن من مورد الخبر - وبالجملة - عدم جواز الاستيفاء لا يحتاج الي دليل فان القواعد العامة مقتضية له - و انما يتوقف جوازه عليه فعدم الصراحة يكفی فی الحكم بالعدم .

التنازع فی ان الشیء رهن او ودیعة

١٤ -(٩) اذا تنازعا فی عين انها رهن او وديعة ففيه اقوال ١- ماهو المشهور وهو ان (القول قول المالك مع ادعاء الوديعة وادعاء الاخر) القابض (الرهن) بل ربما استظهر من النافع الاجماع عليه ٢- ماعن المقنع و الاستبصار - من ان القول قول القابض ٣- تقديم قول القابض ان اعترف المالك بالدين والا فقول المالك نسب الى ابن حمزة ٤- تقديم قول المالك ان كانت امانة عند القابض ثم ادعى رهانتها وقول القابض ان ادعى الرهانة ابتداء ذهب اليه ابن الجنيد (ثم ان) محل النزاع اعم من صورة تحقق الدين وعدمه - كما يشهد به نقل قول ابن حمزة فی عداد الاقوال .

وما افاده ابن حمزة اظهر - اما فی صورة تحقق الدين فلان اليد كما تكون امارة على الملكية تكون امارة على الحق واليد مقدمة على اصالة عدم الرهانة فيكون القابض

منكرا ـ ولخبر (١) عباد بن صهيب عن ابى عبدالله (ع) عن متاع فى يد رجلين احدهما يقول استودعتكه والاخر يقول هو رهن فقال (ع) القول قول الذى يقول هو انه رهن الا ان ياتى الذى ادعى انه اودعه بشهود ـ و موثق (٢) ابن ابي يعفور عن الصادق (ع) فى الاختلاف فى مقدار الدين الذى عليه الرهن ـ قال فان كان الرهن اقل مما رهن به او اكثر واختلفا فقال احدهما هو رهن وقال الآخر هو وديعة قال (ع) على صاحب الوديعة البينة فان لم يكن بينة حلف صاحب الرهن ـ ونحوه صحيح (٣) ابان ـ بناء على انه خبر آخر (ودعوى) ان هذه النصوص معرض عنها عند الاصحاب فلا يستند اليها (مندفعة) بانه يمكن ان يكون محل كلام جماعة منهم صورة عدم تحقق الدين ـ مع ـ انه يمكن ان يكون عدم افتائهم بما تضمنته هذه النصوص لتخيل معارضتها مع النصوص الاتية ـ وعليه فالاعراض المسقط عن الحجية غير ثابت (واما) فى صورة عدم تحقق الدين فلصحيح (٤) محمد بن مسلم عن ابى جعفر (ع) فى رجل رهن عند صاحبه رهنا فقال الذى عنده الرهن ارتهنته عندى بكذا و كذا وقال الآخر انما هو عندك وديعة فقال (ع) البينة على الذى عنده الرهن انه بكذا و كذا فان لم يكن له بينة فعلى الذى له الرهن اليمين ـ واختصاصه بصورة عدم تحقق الدين ظاهر فبه يقيد اطلاق النصوص المتقدمة ـ واوضح من ذلك اختصاصا بهذه الصورة مكاتبة المروزى المتقدمة فى المسألة المتقدمة ـ فالجمع بين النصوص يقتضى البناء على التفصيل بين صورة تحقق الدين وعدمه .

وقد استدل فى الجواهر للقول المشهور ـ بموثق (٥) اسحاق بن عمار عن الصادق (ع) فى الاختلاف فى الوديعة و القرض ان القول قول صاحب المال مع يمينه بدعوى ان خصوص المورد لا يخصص الوارد فيستفاد منه ح اصالة عدم الحكم بمال الانسان بغير قوله و ان كان مدعيا فضلا عما نحن فيه مما هو مدعى عليه ـ وصحيح ابن مسلم ـ و مكاتبة المروزى المتقدمين ـ (ولكن) الموثق متضمن لحكم خاص فى مورد مخصوص لا يتعدى عنه وعدم مخصصية المورد للوارد انما هو فيما لو كان الوارد عاما او اردا لاما اذا

١-٢-٣-٤- الوسائل ـ باب ١٦ ـ من ابواب كتاب الرهن حديث ـ ٣ ـ ٢ ـ ٢ ـ ١

٥- الوسائل ـ باب ١٨ ـ من ابواب كتاب الرهن ـ حديث ١

كان خاصا كمافى الموثق فانه لاشبهة فى الاختصاص ح واما الصحيح والمكاتبة فقد عرفت حالهما.

واستدل للثانى باطلاق النصوص المتقدمة ـ ولكن قدعرفت انه لابد من تقييدها بالصحيح والمكاتبة (واما) ماعن ابن الجنيد فالظاهر رجوعه الى القول الثانى ـ لان محل الخلاف بحسب الظاهر انماهو صورة ادعاء الرهانة ابتداء ـ و اما فى صورة اعتراف القابض بكون ما فى يده امانة وادعى انه صار رهنا فهى خارجة عن مورد النزاع والحكم فيهاما افاده من تقديم قول المالك لانصراف النصوص عن هذا الفرض وقاعدة اليد المتقدمة لامورد لها بعد استصحاب بقاء يده على ما كانت من كونها على وجه الامانة الذى هو اصل موضوعى مبين لحال اليد ـ فلا تكون ح امارة على حقه.

الفصل الثالث فى الحجر

مثلثا ـ وهو فى اللغة بمعنى المنع و التضييق ـ ومنه سمى الحرام حجراً لما فيه من المنع قال الله (١) تعالى «ويقولون حجرا محجورا» اى حراما محرما ـ وسمى العقل حجرا لانه يمنع صاحبه من ارتكاب القبيح وما يضر عاقبته ـ والمحجور عليه شرعا هو الممنوع عن التصرف فى ماله شرعا ـ وفى المسالك المراد مطلق التصرف اعم من كونه فى جميع المال وبعضه فيشمل الصبى ونحوه الممنوع من التصرف فى جميع المال والمريض الممنوع من التصرف فى بعض المال .

(و) كيف كان فتنقيح القول بالبحث فى مواضع ـ الاول ـ فى (اسبابه) وهى كثيرة الا ان عادة الفقهاء جارية على ذكر (ستة) منها فى هذا الباب واما ما سواها ـ كالرهن ـ والارتداد وماشاكل فهى مذكورة في تضاعيف الفقه (ثم ان) الستة المذكورة هنا مرجعها الى قسمين احدهما ـ مايوجب المنع لمصلحة المحجور عليه ولحقه ـ والثانى ـ ما يوجب الحجر لحق غيره ـ فالاول ـ الصغر والجنون والسفه والثانى الباقى .

---

١ ـ سورة الفرقان آية ٢٣

الصغير ممنوع عن التصرف فى ماله

(الاول) من الستة المذكورة فى هذا الباب **(الصغر)** والبحث فيه فى طى مسائل

-الاولى- انه لاخلاف فى الجملة فى ان الصغر من اسباب الحجر (**فالصغير ممنوع عن التصرف الامع البلوغ والرشد**) امامنع الصغير غير البالغ عن التصرف فاجماعى فى الجملة - قال فى التذكرة وهو محجور عليه بالنص والاجماع سواء كان مميزا اولا فى جميع التصرفات الا مايستثنى كعباداته و اسلامه واحرامه الخ وظاهر الشرايع و غيرها ان الحجر انما هو باعتبار التصرف المالى- ومافاده المصنف اظهر- فان بعض ادلة المنع وان اختص بالتصرف المالى الاان جملة منها عامة لجميع التصرفات الاعتبارية وقد ذكرنا هذا الحكم فى كتاب البيع واستدل له بوجوه واستوفينا البحث فيها -وانما نشير فى المقام الى ادلة المنع .

منها -الاية الكريمة (١) «وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم» وتقريب الاستدلال بها على المنع ان الظاهر منها من جهة جعل البلوغ غاية الابتلاء والامتحان وغير ذلك من القرائن كون جواز الدفع مشروطا بشرطين البلوغ والرشد فمفهومها عدم جواز الدفع مع السفاهة او الصباوة وليس ذلك الامن جهة حجره فى تصرفاته بل المراد من عدم الدفع ذلك (ثم ان) الاية الكريمة انما تدل على المنع عن تصرفات الصبى مع كونه مستقلا فيها - او كون المعاملة مستندة اليه وان كان اذن له الولى ويكون الصبى من قبيل الوكيل المفوض - بل الظاهر منها هو المنع عن القسم الثانى من جهة توجيه الخطاب فيها الى الولى وتضمنها المنع عن الدفع قبل البلوغ - فالمتحصل منها عدم استقلال الصبى فى المعاملات وان اذن له الولى- و لكنها لاتدل على جعل انشائه كلاانشاء مع عدم كون التصرف تصرفا له بل من تصرفات وليه وكون البيع بيعه مثلا- وهى وان اختصت باموا له الاانه يكفى فى منعه عن التصرفات

---

١ - سورة النساء آية ٧

فى مال غيره وساير التصرفات غير المالية عدم القول بالفصل .

ومنها حديث رفع القلم عن الصبى ـ الذى رواه (١) فى محكى الخصال عن ابن الظبيان عن امير المؤمنين عليه السلام فى سقوط الرجم عن الصبى ـ اما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثة عن الصبى حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق الحديث ـ وروى (٢) عن قرب الاسناد عن على عليه السلام فى سقوط القصاص والدية فى ماله ـ وقد رفع عنهما القلم ـ و فى موثق (٣) عمار عن الصادق عليه السلام عن الغلام متى يجب عليه الصلاة قال عليه السلام اذا اتى عليه ثلاث عشر سنة فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم ـ ونحوها غيرها (وتقريب) الاستدلال بها ان مقتضى اطلاق القلم المرفوع هو قلم التكليف و الوضع ـ ولازم ذلك بطلان عقده مستقلا ـ اومع اذن الولى بشرط كونه كالوكيل المفوض ـ واما العقد الصادر من الصبى باذن الولى على نحو كونه آلة محضة الذى له نسبتان نسبة الى الصبى و نسبة الى الولى غاية الامر نسبته اليه انما تكون بالتسبيب ـ فلا يدل الحديث على بطلانه حتى من الجهة الثانية ـ ولا منافاة بين عدم نفوذ ما هو عقد الصبى بالمباشرة ونفوذ ماهو عقد الولى ـ اذ القلم رفع عن الصبى لا عن الولى هذا على فرض تسليم صدق كون العقد والبيع عقد الصبى مع كونه مجرى الصيغة خاصة و كون طرف المعاملة عند العرف هو الولى ـ والا فعدم دلالته على سلب عبارته اوضح (فما) عن المبسوط فى مسألة الاقرار من ان مقتضي رفع القلم ان لايكون لكلامه حكم ـ و تبعه غيره وقالوا انه يدل على ان انشائه كلا انشاء (غير تام) ثم ان فى المقام اشكالات خمسة اوردت على الاستدلال بالحديث ذكرناها مع اجوبتها فى كتاب البيع .

ومنها النصوص (٤) الدالة بالمنطوق و المفهوم على عدم جواز امر الصبى

---

١ ـ ٣ ـ الوسائل باب ٤ ـ من ابواب مقدمة العبادات حديث ١١ـ١٢

٢ ـ الوسائل ـ باب ٣٦ ـ من ابواب القصاص فى النفس حديث ٢

٤ ـ الوسائل ـ باب ٢ ـ من ابواب كتاب الحجر ـ وباب ١٤ ـ من ابواب عقد البيع و شروطه .

في البيع والشراء - ومقتضى اطلاقها بطلان ذلك بالمعنيين الاولين - و اما بالمعنى الثالث وهو مالو كان الصبي آلة محضة فلاتدل عليه - لعدم صدق كون البيع والشراء له و على هذا بنوا على عدم ثبوت خيار المجلس لمجرى الصيغة لعدم صدق البيع عليه فالبيع مثلا انما يكون بيع الولي او الموكل والامر امره - ومجرد الصيغة لايكون موضوع النفوذ - و لو تنزلنا عن ذلك فلااقل من ان مثل هذا البيع له نسبتان نسبة الى الصبي - و نسبة الى الولي اوالموكل - فلا مانع من نفوذه و مضيه بالاعتبار الثاني كما تقدم - ويشهد لماذكرناه استثناء السفيه في بعض تلك الاخبار حيث ان السفيه ليس مسلوب العبارة فمن استثنائه يعلم ان المراد عدم الاستقلال في التصرف.

ثم انه قد يستدل لذلك بالنصوص(١) المتضمنة لكون عمد الصبي وخطائه واحد - وقد استوفينا البحث فيها في كتاب البيع و اثبتنا اختصاصها بباب الجنايات وانها لاتشمل المعاملات.

وقد استدل لجواز تصرفات الصبي (تارة) بالاية المتقدمة - اما بتقريب انه جعل فيها المدار على الرشد وانه مع استيناس الرشد لايتوقف في دفع المال ولاينتظر البلوغ وان اعتبار البلوغ طريقي اعتبر امارية الى الرشد بلاموضوعية له وذلك بجعل الجملة الاخيرة استدراكا عن صدر الاية - اوبتقريب ان ظاهر الاية كون الابتلاء قبل البلوغ بقرينة التعبير باليتامى - وقوله تعالى حتى سواء كانت للغاية ام للابتداء - والظاهر من الابتلاء الابتلاء بالمعاملات على الاموال بان ياذنوا لهم في البيع والشراء قبل البلوغ و ذلك يقتضي صحة تصرفاتهم (واخرى) بمرسل المبسوط وروى انه اذا بلغ عشر سنين وكان رشيدا كان جايز التصرف (وثالثة) بالنصوص(٢) الدالة على جواز وصيته وصدقته وعتقه فانه لو التزم بخروجها عن حديث رفع القلم يرد عليه اباء سياقه عن التخصيص (ورابعة) بالسيرة التي

١- الوسائل - باب ١١ - من ابواب العاقلة من كتاب الديات

٢- الوسائل - باب ٤٤ - من ابواب كتاب الوصايا وباب ١٥ - من ابواب كتاب الوقوف والصدقات وباب ٥٦ - من ابواب كتاب العتق.

ادعاها سيد الرياض (وخامسة) بخبر (١) السكونى عن الصادق عليه السلام فى حديث نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن كسب الغلام الصغير الذى لايحسن صناعة بيده فانه ان لم يجد سرق فان حصر الكراهة فيما اكتسبه الغلام بما اذا لم يحسن صناعة بيده واحتمل سرقته اقوى شاهد على نفوذ معاملاته

وفى الكل نظر (اما) التقريب الاول للاية - فلانه لو لم يكن الامر بدفع المال متفرعا على الرشد بعد البلوغ لامطلق الرشد لم يكن وجه لجعل غاية الابتلاء هو البلوغ و كان ذكر حتى اذا بلغوا النكاح زايدا- وحمله على الطريقية الى الرشد خلاف الظاهر (واما) التقريب الثانى لها فلانه لا اشكال كما مر فى دلالة الاية على عدم كون الصبى مسلوب العبارة الا انها لاتدل على كونه مستقلا فى التصرف لحصول الابتلاء مع اذن الولى او اجازته وحيث ان ظاهر الاية كما مر عدم صحة تصرفاته استقلالا فلا بد من البناء على ذلك (واما) المرسل فلارساله وعدم العمل حتى من مرسله به لايعتمد عليه (واما) النصوص المجوزة لوصيته وعتقه وصدقته- فعلى فرض تسليم القول بجوازها- لامانع من الالتزام بالتخصيص واباء حديث الرفع عنه ممنوع (واما) السيرة فهى غير قابلة للتشكيك فيها الا ان المتيقن منها المعاملة باذن الاولياء بل سيد الرياض ادعاها فى هذا المورد (واما) خبر السكونى- فان كان الاستدلال به من جهة التخصيص بمن لايحسن الصناعة بيده- فيرده ان القيد لامفهوم له- وان كان من جهة العلة فهى عامة لجميع الموارد مع انها من قبيل الحكمة - وان كان من جهة ظهوره فى الكراهة- فيرد عليه ان النهى ظاهر فى الحرمة لا الكراهة - وتفصيل القول فيه فى كتاب البيع (فالمتحصل) مما ذكرناه ان الادلة تدل على عدم نفوذ تصرفات الصبى الاعتبارية ان كان مستقلا فيها واما لو كان آلة محضة فلا دليل على المنع - فلا يكون الصبى مسلوب العبارة (ثم انهم) ذكروا موارد استثنوها من ادلة المنع ذكرناها فى كتاب البيع فراجع .

الثانية اذا بلغ الصبى وكان رشيدا يجوز تصرفاته اجماعا وكتابا و سنة.

١- الوسائل- باب ٣٣ من ابواب مايكتسب به حديث ١

علامات البلوغ

الثالثة (ويعلم الاول) اي البلوغ (بالانبات) للشعر الخشن على العانة التى حول الذكر والقبل من غير فرق فى ذلك بين الذكر والانثى (اوالاحتلام اوبلوغ خمسة عشرة سنة فى الذكور وتسع فى الانثى)على المشهور.

ونخبة القول بالبحث فى موارد ـ الاول ـ فى الانبات لاخلاف فى ثبوت البلوغ بالانبات للشعر الخشن ـ وانما قيدوا الشعر بالخشن تحرزا عن الشعر الضعيف الذي قد يوجد فى الصغير و يعبر عنه بالزعب ـ وعن التذكرة نبات هذا الشعر دليل البلوغ فى حق المسلمين والكفار عند علمائنا اجمع انتهى ـ وذكر تسوية المسلم و الكافر للتنبيه على خلاف بعض العامة حيث خصه بالكافر وربما نسب الى الشيخ ره لكنه فى محكي الخلاف ادعى الاجماع على انه علامة البلوغ فى حق المسلمين والمشركين .

وكيف كان فيشهد لكونه علامة البلوغ مطلقا ـ الاجماع المحكى مستفيضا ـ وحسن (١) يزيد الكناسي عن الباقر (ع) وهو طويل قال (ع) فى آخره ان الغلام اذا زوجه ابوه ولم يدرك كان له الخيار اذا ادرك وبلغ خمس عشرة سنة او يشعر فى وجهه او ينبت فى عانته قبل ذلك والمراد بالشعر فى الوجه هو اللحية والشارب ـ واستقرب فى محكي التحرير كون نبات اللحية دليلا دون غيره من الشعور والعادة قاضية به ـ وخبر (٢) حمزة بن حمران عنه (ع) الغلام لايجوز امره فى الشراء و البيع ولايخرج عن اليتم حتى يبلغ خمس عشرة سنة او يحتلم او يشعر او ينبت قبل ذلك ـ وخبر (٣) ابى البختري عن جعفر (ع) عن ابيه (ع) قال ان رسول الله (ص) عرضهم (اى المراهقين) يومئذ على العانات فمن وجده انبت قتله و من لم يجده انبت الحقه بالذرارى ـ وفى النصوص وان لم يقيد الشعر بالخشن

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٦ ـ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ـ حديث ٨

٢ ـ الوسائل ـ باب ١٤ ـ من ابواب عقد البيع وشروطه ـ حديث ١

٣ ـ الوسائل ـ باب ٦٥ ـ من ابواب جهاد العدو ومايناسبه حديث ٢

الا انه من جهة ان الخشن هو المعهود فی اختبار البلوغ ـ يحمل عليه الاطلاق صرفا له الى المعهود .

ثم ان النصوص مختصة بالذكور وقد عرفت ان الاجماع قائم على كونه علامة فی الانثى ايضا والظاهر ان عدم التعرض فيها للنساء من جهة تاخر انبات هـذا الشعر عن تسع سنين بكثير ـ فلا يحتاج اليه فيهن .

ثم انه صرح غير واحد من الاصحاب بان خروج اللحية ايضا علامة البلوغ والخبران الاولان شاهدان به فلا مانع من الالتزام بذلك ـ وانما لم يتعرض اكثر الاصحاب له من جهة تاخر خروجها عن العلامات الاخر فيقل الاحتياج اليه .

وهل الانبات بلوغ بنفسه او دليل على سبق البلوغ قولان ـ قال فی المسالك و المشهور الثانی ـ وظاهر الماتن والمحقق فی الشرايع والنافع هو الاول بل عن مفتاح الكرامة نسبته الى صلاة التهذيب وصوم المبسوط وحدوده ووصايا النهاية والمهذب وخمس الوسيلة وصوم السرائر ووصاياها و كشف الرموز وصوم الجامع و حجره وحجر الارشاد وغير تلكم من الكتب ـ ومع ذلك قال العلامة الطباطبائی لم اجد بهذا القول مصرحا من الاصحاب (واستدل) لكونه دليلا على سبق البلوغ فی المسالك ـ بتعليق الاحكام فی الكتاب والسنة على الحلم والاحتلام فلو كان الانبات بلوغا بنفسه لم يخص غيره بذلك ـ وبان البلوغ غير مكتسب و الانبات قد يكتسب بالدواء ـ وبحصوله على التدريج والبلوغ لا يكون كك (ولكن) يرد الاول انه فی الخبرين المتقدمين ذكر الانبات رديفا للعلامتين الاخرتين وظاهرهما كونه علامة البلوغ مثلهما و ما علق فيه الاحكام على الحلم والاحتلام كما يتصرف فيه بما دل على كون السن علامة ـ كك يتصرف فيه بالخبرين ـ وما افاده قده من انه لا دليل على القول الاخر سوى ترتب احكام البلوغ عليه وهو اعم من المدعى فكانه نظر الى الخبر الثالث وغفل عن الاولين ـ ويرد الثانی ان الاشكال مشترك الورود على كونه علامة للبلوغ او على سبقه بل على الثانی اظهر ـ و الحل ان العلامة هی الانبات الحاصل من الله سبحانه

بمقتضى العادة و الطبيعة ـ ويرد الثالث ان العلامة تحصل بمجرد خروج الشعر و صدق هذا العنوان ولاتتوقف على تزايده وكماله فالاظهر كونه علامة البلوغ لادليلا على سبقه (وتظهر) ثمرة النزاع فى قضاء مايجب قضائه من العبادات وفى نفاذ اقراره و تصرفاته المتقدمة على الاختبار بزمان يعلم عدم تاخر بلوغه عنه .

الثانى فى الاحتلام ـ والمراد به خروج المنى من الموضع المعتاد ـ و المنى هو الماء الدافق الذى يخلق منه الولد ـ والظاهر ان هذا هو مراد المحقق فى الشرايع حيث قيده بالذى يكون منه الولد ـ فما ـ فهمه جماعة منه ان المنى ينقسم قسمين ما يكون منه الولد ـ وما لايكون منه الولد وان البلوغ لايتحقق الابالاول ـ فى غير محله .

و كيف كان فهو علامة البلوغ فى الذكر والانثى ـ ولا خلاف فى كونه علامة له بل الاجماع بقسميه عليه ـ ويشهد به من الكتاب قوله (١) تعالى « واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستاذنوا » قال فى التذكرة الحلم هو خروج المنى من الذكر او قبل المرئة مطلقا سواء كان بشهوة اوبغير شهوة وسواء كان بجماع او غير جماع وسواء كان فى نوما و يقظة ـ وقوله تعالى (٢) «والذين لم يبلغوا الحلم » و قوله تعالى (٣) « و ابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح . . . الخ » و المراد ببلوغ النكاح شهوة النكاح و الوطء والقدرة على الانزال ـ وقوله (٢) عزوجل « و لاتقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن» ـ و من السنة ـ خبر (٥) هشام عن الصادق عليه السلام انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام وهو اشده ـ وموثق (٦) عبدالله بن سنان عنه عليه السلام عن قول الله عزوجل حتى اذا بلغ اشده ـ قال عليه السلام الاحتلام ـ و حديث رفع القلم عن الصبى حتى

١ـ٢ـ سورة النور　آية ٥٩-٥٨

٣ـ سورة النساء　آية ٧

٤ـ سورة الانعام　آية ١٥٢

٥ ـ الوسائل ـ باب ١ ـ من ابواب كتاب الحجر ـ حديث ١

٦ ـ الوسائل ـ باب ٤٤ ـ من ابواب كتاب الوصايا حديث ٨

يحتلم المتقدم الذى رواه الفريقان ـ وعن الحلى انه مجمع على روايته ـ والنبوى(١) المشهور المتلقى بالقبول فى وصيته صلى الله عليه وآله لعلى عليه السلام يا على لا يتم بعد الاحتلام ـ و خبر (٢) طلحة بن زيد عن ابى عبدالله عليه السلام ان اولاد المسلمين موسومون عندالله شافع مشفع فاذا بلغوا اثنتى عشرة سنة كتبت لهم الحسنات فاذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السيئات ـ وخبر (٣) على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن اليتيم متى ينقطع يتمه قال عليه السلام اذا احتلم وعرف الاخذ والاعطاء ـ ومنها غير تلكم من النصوص الكثيرة .

ثم ان مفاد هذه الادلة مختلف ـ ففى بعضها جعل الاحتلام علامة ـ و هو الرؤية فى المنام ـ وفى بعضها جعل الحلم علامة ـ وهو كمامر خروج المنى ـ و فى الاية الثالثة جعل المدار على بلوغ النكاح ـ ولا تنافى بينها ـ فان المتحصل منها ان البلوغ عبارة عن حدوث حالة فى الانسان يخرج بها عن حالة الطفولية الي غيرها و انه ينبعث عنها خروج المنى بالوطء او الاستمناء او الرؤية فى المنام ـ غاية الامر علامة هذه الحالة لغير البالغ انما يكون بخروج المنى فانه لا يعرف وجود تلك الحالة الابذلك ـ وهذا هو السر فى تعبير الفقهاء عن هذه العلامة بخروج المنى ـ ولكن مع ذلك كله الالتزام بترتب احكام البلوغ على البالغ نفسه من الصلاة و الصيام و ما شاكل بمجرد بلوغ النكاح وان لم يتحقق احدى العلامات الاخر من الانبات والسن وخروج المنى لا يخلو عن اشكال لعدم افتاء الفقهاءو الاحتياط طريق النجاة (ثم ان) مقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق فى هذه العلامة ايضا بين الذكر و الانثى كما هو المشهور بل عن التذكرة الاجماع عليه ـ و فى المسالك هذا عندنا و عند الاكثر موضع وفاق .

الثالث فى السن والمشهور بين الاصحاب انه فى الذكور بلوغ خمسة عشرة سنة وفى الانثى بلوغ تسع سنين ـ وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه و عن مفتاح الكرامة كادت تبلغ اجماعات المسألة اثنى عشر من صريح و ظاهر و مشعر به و فى

---

١ ـ ٢ ـ ٣. الوسائل باب ٤ ـ من ابواب مقدمة العبادات حديث ٩ ـ ١ ـ ٦

الجواهر بل هو معلوم وربما يشهد له التتبع بل ربما يزيد على ذلك - وعن ابن الجنيد انه فى المذكر اربع عشرة سنة و فى الحدائق وعن الشيخ فى كتابى الاخبار و اكثر محققى المتاخرين انهم قالوا بحصول البلوغ بالدخول فى الرابع عشر قال فى المفاتيح ولايخلو من قوة .

و تنقيح القول بالبحث فى موردين - الاول فى الذكر - الثانى فى الانثى.

اما الاول فيمكن ان يستدل للمشهور بوجوه . ١ - الاستصحاب - وتقريبه من وجوه - اذ يمكن ان يستصحب بقاء الصغر - وعدم حصول البلوغ - وعدم رفع الحجر عنه - وعدم توجه التكليف اليه - وكل تلكم استصحاب حكم اوعدم حكم - وعلى فرض تسليم كون بعضها موضوعيا لامانع من جريانه - وليس شيء من ذلك من الاستصحاب فى الامور غير القارة و ان كان المختار جريان الاستصحاب فيها ايضا.

٢ - اصالة البرائة عن التكليف قبل ان يبلغ خمس عشرة سنة.

٣ - مادل من الايات والنصوص على عدم البلوغ مالم يبلغ الحلم - فانه خرج عنها بعد بلوغ خمس عشرة وبقي الباقى .

٤ - جملة من النصوص الخاصة - كالنبوى (١) المرسل اذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله وماعليه - والآخر (٢) ان عبدالله بن عمر قال عرضت على رسول الله ﷺ فى جيش يوم بدر وانا ابن ثلث عشرة سنة فردنى وعرضت عليه يوم احد وانا ابن اربع عشرة سنة فردني ولم يرنى بالغا وعرضت عليه عام الخندق وانا ابن خمس عشرة فقبلني واخذنى فى المقاتلة بل قيل ان الثانى منهما مشهور رواه جماعة من ارباب المغازى والسير ممن يوثق بنقلهم - وخبر (٣) حمران عن الباقر (ع) فى حديث والغلام لايجوز امره فى الشراء و البيع ولا يخرج من اليتم حتى يبلغ خمس عشرة سنة او يحتلم او يشعر او ينبت قبل ذلك - وليس فى سنده من يتوقف فيه - سوى حمزة - وعبد

١-٢- التذكرة ج٢ ص٧٤

-٣- الوسائل - باب ٢ - من ابواب كتاب الحجر حديث١

العزيز - اما حمزة فمضافا الى انه من آل اعين المعلوم جلالتهم وعظم منزلتهم - سديد الحديث كثير الرواية قد روى عنه الاجلاء كعبدالله بن مسكان وابن بكير وابن ابي عمير والحسن بن محبوب بل في بعض طرق كتابه صفوان بن يحيى وهم من اصحاب الاجماع وعن ظاهر النجاشي انه من خاصة اصحاب الصادق (ع) - اضف الى ذلك كله ان هذا الخبر روى الحسن بن محبوب عن عبدالعزيز عنه - وهو من اصحاب الاجماع - وبه يظهر ان عبدالعزيز وان لم ينص عليه بمدح ولاذم لكن رواية الحسن بن محبوب عنه كافية في الاعتماد على روايته هنا - وحسن(١) الكناسي اوصحيحه عن الباقر(ع) الجارية اذا بلغت تسع سنين ذهب عنها اليتم و زوجت واقيم عليها الحدود التامة لها و عليها قال قلت الغلام اذا زوجه ابوه ودخل باهله و هو غير مدرك اتقام عليه الحدود على تلك الحالة قال اما الحدود الكاملة التي يؤخذ بها الرجال فلا ولكن يجلد في الحدود كلها على مبلغ سنه فيؤخذ بذلك مابينه وبين خمس عشرة سنة الحديث - وحسنه (٢) الآخر اوصحيحه عنه(ع) في حديث ياابا خالد ان الغلام اذا زوجه ابوه ولم يدرك كان بالخيار اذا ادرك وبلغ خمس عشرة سنة اويشعر في وجهه اوينبت في عانته قبل ذلك - الى ان قال اما الحدود الكاملة التي يؤخذ بها الرجال فلا ولكن يجلد في الحدود كلها على قدر مبلغ سنه فيؤخذ بذلك مابينه وبين خمس عشرة سنة الحديث - وصحيح(٣) ابن وهب عن الصادق(ع) في كم يؤخذ الصبي بالصيام قال مابينه وبين خمس عشرة سنة واربع عشرة سنة فان هو صام قبل ذلك فدعه - بناء على ارادة معنى او من كلمة واو - لاستحالة الجمع - وحيث ان مقتضى السياق و الترديد كون ماتقدم عليهما وقتا للتمرين فيكون البلوغ بالاكثر والا لم يكن الزمان المتوسط بينه وبين الاقل تمرينيا - ولعل الفرق بين المتوسط بينهما وبين ماقبلهما في التضييق في التمرين وعدمه فان الصبي يضيق عليه فيما بينهما دون

---

١ - الوسائل - باب ٦ - من ابواب مقدمات الحدود - حديث ١

٢ - الوسائل - باب ٦ - من ابواب عقد النكاح واولياء العقد - حديث ٩

٣ - الوسائل - باب - ٢٩ من ابواب من يصح منه الصوم حديث ١ كتاب الصوم

ماتقدمهما من الزمان ـ وهذا هو السر في الترديد ـ وصحيحه (١) الآخر عنه (ع) في كم يؤخذ الصبي بالصيام قال (ع) مابين خمس عشرة واربع عشرة فان هو صام قبل ذلك فدعه بالتقريب المتقدم ـ ونحوها غيرها (ثم ان) المنساق الى الذهن من النصوص هو اكمال الخمس عشرة لا الدخول فيها ـ بل جملة منها كالصريحة في ذلك ـ فلا يصغى الى ماقيل من حملها على ارادة الدخول فيها .

ثم ـ انه بازاء جميع ذلك طوائف من النصوص ـ منها مايدل على حصوله بالاربع عشرة ـ كخبر (٢) ابي حمزة عن الباقر عليه السلام قلت له جعلت فداك في كم تجرى الاحكام على الصبيان قال عليه السلام في ثلاث عشرة واربع عشرة قلت فانه لم يحتلم فيها قال عليه السلام وان كان لم يحتلم فان الاحكام تجرى عليه ـ وحيث ان نصوص الخمس عشرة قابلة للحمل على ارادة الدخول فيها ـ وهذا الخبر نص في حصوله بالاربع عشرة ـ فتحمل تلك النصوص على ذلك ـ وايد هذا القول ـ بصحة توجه الخطاب الى المميز عقلا للعلم والقدرة خرج الاقل بالاجماع والنص وبقي ذو الاربع عشرة ـ و بان احوال البدن في الانسان مرتبة على الاسابيع فيجب ان يكون بلوغه كك وليس في الاسبوع الاول والثالث قطعا فيكون في الثاني (ولكن) الخبر ضعيف السند لجهالة السندي بن ربيع ويحيى بن المبارك ـ وقاصر الدلالة لاشتماله على الترديد الذي يصلح قرينة على الحمل على ارادة التمرين ـ ونصوص الخمس عشرة قد عرفت صراحة بعضها وظهور آخر في ارادة الاكمال ـ وصحة توجه الخطاب الى المميزين لاتصلح دليلا للحكم بعد كون البلوغ شرطا آخر للتكليف غير العلم والقدرة ـ و كون احوال البدن مرتبة على الاسابيع وجه استحساني محض لاسبيل الى الاستناد اليه في الاحكام الشرعية .

---

١ ـ الوسائل باب ٢٩ من ابواب من يصح منه الصوم ـ كتاب الصوم

٢ ـ الوسائل ـ باب ٤٥ ـ من ابواب كتاب الوصايا ـ حديث ٣

ومنها النصوص الدالة على حصول البلوغ بالثلاث عشرة - كموثق (١) عمار عن الصادق عليه السلام عن الغلام متى تجب عليه الصلاة قال عليه السلام اذا اتى عليه ثلث عشرة سنة فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم والجارية مثل ذلك الحديث - وخبر (٢) عبدالله بن سنان المروى بعدة طرق بعضها صحيح او حسن وبعضها موثق مع اختلاف يسير في المتن - عنه عليه السلام عن قول الله تعالى حتى اذا بلغ اشده قال عليه السلام الاحتلام - الى ان قال اذا اتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات وكتبت عليه السيئات وجاز امره الا ان يكون سفيها اوضعيفا (ولكن) الاول لا يدل على البلوغ بل على خصوص وجوب الصلاة - ويؤيده ذكر جريان القلم في الاحتلام دون السن - والثاني وان كان لاينبغي المناقشة في سنده ولا في دلالته الا انه معارض بالنصوص المتقدمة ولموافقتها للشهرة التي هي اول المرجحات تقدم هي - ومعها لا تصل النوبة الى الترجيح بمخالفة العامة.

ومنها نصوص عشر سنين المتفرقة في الابواب الدالة على جواز وصيته وعتقه وصدقته كما في جملة (٣) منها - وقبول شهادته وجواز امره كما في آخر (٤) - وصحة وقفه كما في ثالث (٥) (ولكنها) باجمعها لا تصلح لمعارضة ما تقدم سيما وقد دلت النصوص الآخر الواردة في الجلد والتزويج والطلاق المصرحة بعدم البلوغ ببلوغ عشر سنين مع ان جواز وصيته و عتقه ووقفه و صدقته اعم من البلوغ وما دل على جواز امره مقطوع السند غير مروى عن المعصوم عليه السلام وفي طريقه العبيدي عن يونس وفيه كلام.

و منها ما دل على حصوله بثمان سنين كموثق (٧) الحسن بن راشد عن

١- الوسائل باب ٤- من ابواب مقدمة العبادات حديث ١٢

٢-٣- الوسائل -باب ٤٤- من ابواب كتاب الوصايا

٤- الوسائل - باب ٢٢- من كتاب الشهادات حديث ٣

٥- الوسائل - باب ١٥- من ابواب كتاب الوقوف والصدقات

٦- الوسائل - باب ٩- من ابواب حد الزنا - وباب ١١- من ابواب ميراث الازواج

٧- الوسائل - باب ١٥ من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٤

العسكرى عليه السلام اذابلغ الغلام ثمانى سنين فجائزامره فيماله وقدوجب عليه الفرائض والحدود الحديث ونحوه غيره ـ وقد ظهر حالها ممامر ـ فتحصل ان الاظهر حصول البلوغ فى الذكر باكمال الخمس عشرة .

المورد الثانى فى الانثى ـ فالمشهور بين الاصحاب حصول البلوغ لهاببلوغ تسع سنين اى اكمالها ـ وفى الجواهر بل هو الذى استقرعليه المذهب خلافا للشيخ فى صوم المبسوط وابن حمزة فى خمس الوسيلة فبالعشر الاان الشيخ قدرجع عنه فى كتاب الحجر ووافق المشهور ـ و كذا الثانى فى كتاب النكاح منها ـ ويشهد به نصوص كثيرة ـ كصحيح(١) الكناسى اوحسنه عن الباقر(ع) الجارية اذابلغت تسع سنين ذهب عنها اليتم و زوجت الحديث و نحوه حسنه (٢) الاخر او صحيحه ـ و موثقا ابن سنان و الحسن بن راشد المتقدمان و نحوها غيرها ـ و ليس بازائها خبر سوى ـ خبر (٣) غياث المتضمن لانها لا توطأ لاقل من عشر سنين ـ وهو مضافا الى ضعف سنده و معارضته بالنصوص (٤) الكثيرة الدالة على انها توطأ لتسع سنين ـ لا يكون نصا و لا ظاهرا فى عدم البلوغ قبله ـ فلا اشكال فى الحكم .

ثم ان المعتبر من السنين القمرية دون الشمسية لان هذا هو المعهود من شرعنا و المعروف عند العرب وقد قال (٥) الله تعالى « ان عدة الشهور عندالله اثنا عشر شهرا فى كتاب الله يوم خلق السموات » و قال سبحانه (٦) « يسالونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس والحج » وقال عزمن قائل (٧) «هو الذى جعل الشمس ضياء ـ

١ـ الوسائل ـ باب ٦ ـ من ابواب مقدمات الحدود ـ حديث ١

٢ـ الوسائل ـ باب ٦ ـ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ـ حديث ٩

٣-٤ـ الوسائل ـ باب ٤٥ ـ من ابواب مقدمات النكاح حديث ٧ـ

٥ـ سوره التوبة آيه ٣٦ ٦ـ سورةالبقرة آية ١٨٩

٧ سورة يونس آية ٦

والقمر نورا وقدره منازل لتعلموا عدد السنين والحساب »

ثم ان الحمل والحيض ليسا بلوغا فی حق النساء . اما الحيض فقد مر فی محله انه لايكون قبل بلوغ تسع سنين واما الحمل فلا دليل عليه . نعم يكون هو دليلا على سبق البلوغ باعتبار سبق الانزال الذی قد عرفت سببيته للبلوغ .

اعتبار الرشد فی رفع الحجر

الرابعة (و) قد عرفت ان الوصف (الثانی) الذی يتوقف عليه رفع الحجر الرشد فی المال ـ وان الكتاب والسنة والاجماع تشهد بذلك ـ انما الكلام فيما يعلم به الرشد قال فی المتن ـ انه يعلم (**باصلاح ماله عند اختباره بحيث يسلم من المغابنات وتقع افعاله على الوجه الملائم**) ـ وفی المسالك ليس مطلق الاصلاح موجبا للرشد بل الحق ان الرشد ملكة نفسانية تقتضی اصلاح المال وتمنع من افساده وصرفه فی الوجوه اللائقة بافعال العقلاء ـ ولقد اطالوا البحث فی ذلك مع انه من المفاهيم العرفية الواضحة عندهم والذی يراه اهل العرف رشدا ـ هو كونه بحيث اذا اراد ان يعامل يكون حافظا لماله ولايصرفه فی الاغراض الفاسدة ولايكون مبذرا وغير مبال به ـ وهذا هو مراد المصنف ره وغيره ممن عبر باصلاح ماله ـ وليس معنى الملكة الاذلك فايراد الشهيد الثانی فی غير محله ـ وكيف كان فالامر اوضح من ان يطال الكلام فيه كما ان عدم اعتبار العدالة فيه من الواضحات وفی الجواهر بل يمكن دعوى كونه ضروريا يشك فی اسلام منكره.

(**و**) قد ظهر مما قدمناه ـ انه (**لايزول الحجر مع فقد احدهما**) ای احد الوصفين البلوغ والرشد فغير الرشيد لايدفع اليه ماله (**وان طعن فی السن**)

الخامسة ـ لاخلاف (و) لااشكال فی انه (يثبت) الرشد (**فی الرجال بشهادة امثالهم وفی النساء بشهادتهن اوبشهادة الرجال**) اما الثبوت بشهادة الرجال فلاطلاق الادلة ـ واما ثبوته فی النساء بشهادتهن ـ فللاجماع المدعى فی المقام و سياتی فی كتاب الشهادات ان ذلك مقتضى الادلة ايضا

الثانى من اسباب الحجر (**الجنون ولايصح تصرف المجنون الافى اوقات افاقته**) وفى الحدائق ودليل الحجر على المجنون ظاهر من العقل والنقل انتهى وحديث (۱) رفع القلم شاهد به وكذا نصوص اخر تقدم بعضها.

الثالث (**السفه ويحجر عليه فى ماله خاصة**) وفى الجواهر والضابط المنع من التصرفات المالية بلاخلاف اجده فيه بل يمكن تحصيل الاجماع عليه بل عن مجمع البرهان دعواه وجه المنع الاية المتقدمة وجملة من النصوص و وجه عدم المنع فى غيرها اطلاق ادلة تلك التصرفات بعد اختصاص دليل المنع بالتصرف المالى- والكلام فى بعض التصرفات كالخلع انه تصرف ممنوع عنه لكونه ماليا -او غير ممنوع عنه موكول الى محله.

الرابع من اسباب الحجر (**الملك فلاينفذ تصرف المملوك بدون اذن مولاه ولو ملكه شيئا لم يملكه على الاصح**).

(**الخامس المرض وتمضى وصيته**) اى المريض كالصحيح (**فى الثلث خاصة**) اجماعا وسياتى الكلام فيه فى الوصية.

منجزات المريض تخرج من اصل المال

(۹) انما الكلام فى المقام فى (**منجزاته المتبرع بها**) فى انها من الاصل او الثلث - ومحل النزاع التبرعات فالمعاوضات حتى ماكان منها من قبيل البيع باقل من ثمن المثل خارجة عن محل الكلام - و المراد بالمنجزة المعجلة فى حال الحياة كالهبة والعتق وماشاكل -وفيه قولان -۱- انها من الاصل ذهب اليه جماعة من المتقدمين -كالكلينى و الصدوق والشيخين والسيدين والقاضى و بنى ادريس والبراج وسعيد وغيرهم وجماعة من المتاخرين - وعن كشف الرموز نسبته الى الاكثر - وفى الرياض انه المشهور بين القدماء ظاهرا بل لعله لاشبهة فيه بل ادعى السيدان فى بحث الهبة ان عليه اجماع الامامية

۱- راجع ص ۳۳

وجعله فى السرائر الاظهر فى المذهب مشعرا بالشهرة عليه لاقل -٢- ماعن الاسكافى والصدوق فى احد قوليه وابى على والشيخ فى المبسوط والمصنف ر، والشهيدين و الكركى - انه كما تخرج الوصية من الثلث (كك) التبرعات المنجزة - وفى المسالك واختاره عامة المتاخرين ومنهم المصنف .

و منشأ الاختلاف اختلاف النصوص و معها لايصغى الى ما استدل به للاول - بانه مالك تصرف فى ماله فكان ماضيا - و باستصحاب الصحة - واصالة الجواز - وبانه لولا صحتها لما لزمته بالبرء والتالى باطل فكذا المقدم - ولا الى ما استدل به للثانى من الوجوه الاستحسانية - فالمتعين هو ملاحظة النصوص ولابد اولا من نقل ما استدل به لكل من القولين - فان تم دلالة كل من الطائفتين على ما استدل بها له وسندها - ولم يمكن الجمع العرفى بينهما - بحمل المطلق على المقيد أو الظاهر على النص - يلاحظ مايقتضيه اخبار الترجيح .

اما النصوص الدالة على انها من الاصل - فكثيرة - لاحظ حسن (١) ابى شعيب المحاملى اوصحيحه عن ابى عبدالله عليه السلام الانسان احق بماله مادامت الروح فى بدنه وما فى الجواهر من انه ليس صريحا فى شمول الاحقية للتنجيز فيمكن حمله على غيره بل محتمل لارادة الثلث خصوصا اذا قرأ بفتح اللام - - يندفع بظهوره فى ذلك و موثق (٢) الساباطى عنه عليه السلام الميت احق بماله مادام فيه الروح يبين به فان قال بعدى فليس له الا الثلث - وموثقه (٣) الاخر الرجل احق بماله مادام فيه الروح ان اوصى به كله فهو جائز - وخبره (٤) الثالث عنه عليه السلام صاحب المال احق بماله مادام فيه شىء من الروح يضعه حيث شاء - وموثقه (٥) الرابع عنه عليه السلام ايضا الميت احق بماله مادام فيه الروح يبين به قال عليه السلام نعم فان اوصى به فليس له الا الثلث - وموثقه (٦) الخامس عنه عليه السلام فى الرجل يجعل بعض ماله لرجل فى مرضه فقال عليه السلام اذا ابانه جاز - والايراد

١-٤-٥-٦- الوسائل - باب ١٧- من ابواب كتاب الوصايا حديث ٨-٤-٧- ١٠

٢-٣- الوسائل - باب ١١ من ابواب كتاب الوصايا - حديث ١٢-١٩

عليها بان عمار فاسد الرأی - فی غير محله بعد كونه ثقة - كما ان الايراد عليها بانه يمكن ان يكون اللام مفتوحة فلاتدل على ان ای مقدار من المال له فبقرينة غيرها يقال انه الثلث - غير تام اذ مضافا الى انه خلاف الظاهر والى انه تكون هذه الاخبار ح مجملة لعدم بيان ماله ح وهو ينافي مع كونه فی مقام البيان - يدفعه قوله اذا ابانه جاز وفی آخر بعد الحكم بجواز الابانة فان اوصى به فليس له الا الثلث فانه بقرينة التفصيل القاطع للشركة كالصريح فی ان له بالنسبة الى الابانة ازيد من الثلث - مع - انه لاشبهة فی ان تمام المال له مادام حيا - وانما الكلام فی نفوذ تصرفاته التبرعية فعلى تقدير فتح اللام ايضا تدل على المطلوب - واما عدم العمل باطلاق موثقه الثانی فلايضر بالعمل بـه فی غير ماخرج وهو الوصية بالثلث - ولابغيره من الاخبار - وعليه فلايضر ما فی بعض نسخ الاول منها - فان تعدى فليس له الا الثلث - مع انه على هذه النسخة لم تتم نظام الكلام - فانه على القول الاخر ليس له الا الثلث تعدى ام لم يتعد - وخبر (١) سماعة عن ابی عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له الولد أيسعه ان يجعل ماله لقرابته قال عليه السلام هو ماله يصنع ماشاء به الى ان ياتيه الموت - ونحوه خبر (٢) ابی بصير وزاد ان لصاحب المال ان يعمل بماله ماشاء مادام حيا ان شاء وهبه وان شاء تصدق به وان شاء تركه الى ان ياتيه الموت فان اوصى به فليس له الا الثلث الا ان الفضل فی ان لايضيع من يعول به ولايضر بورثته - وهما من حيث السند والدلالة لاكلام فيهما - ومرسل (٣) مرازم عنه (ع) فی الرجل يعطى الشيء من ماله فی مرضه قال (ع) ان ابان به فهو جائز وان اوصى به فهو من الثلث وهو بقرينة التفصيل صريح فی المطلوب - ومرسل (٤) الكلينی عن النبی (ص) انه عاب رجلا من الانصار اعتق ممالیكه لم يكن له غيرهم وقال (ع) ترك صبية صغارا يتكففون الناس بل رواه الصدوق مسندا الى جعفر بن محمد عليهما السلام - فالمتحصل

١-٢-٤- الوسائل - باب ١٧ - من ابواب كتاب الوصايا حديث ١-٢-٩

٣- الوسائل - باب ١٠ - من ابواب كتاب الوصايا - حديث - ٢

من هذه النصوص المعتبرة - ان التبرعات المنجزة تخرج من الاصل وجملة منها كالصريحة فى ذلك (وبذلك) ظهرمافى المسالك قال و عليه شواهد من الاخبار الا ان فى طريقها عمار او سماعة وهما فاسدالرأى و لكنهما ثقتان - اذ مضافا الى عدم كونهما فى طريق جميع الروايات انه مع الاعتراف بكونهما ثقتين لا يبقي مجال للمناقشة .

واما النصوص التى استدل بها على الخروج من الثلث فهى ايضا كثيرة-لاحظ صحيح (١) يعقوب بن شعيب سئلت ابا عبدالله (ع) عن الرجل يموت ماله من ماله فقال (ع) له ثلث ماله وللمرئة ايضاً ونحوه خبر(٢) ابى بصير-وخبر (٣) عبدالله بن سنان عن الصادق (ع) للرجل عند موته ثلث ماله و ان لم يوص فليس على الورثة امضائه-، صحيح(٤) علي بن يقطين عن ابى الحسن (ع) ماللرجل من ماله عند موته قال (ع) الثلث والثلث كثير - وخبر (٥) العلافى الامرأة التى استودعت مالا عن الصادق (ع) فانما لها من مالها ثلثه - و بهذا المضمون روايات اخر(و الجواب) عن الجميع انها مختصة بالوصية وذلك فان المسئول عنه ماله من ماله من حين الموت و معنى ذلك ان يتصرف فيه من ذلك الوقت و ليس هو الا الوصية و يعضد ذلك انه لاخلاف و لا اشكال فى ان المال جميعه له الى حين الموت و انما الخلاف فى منعه عن التصرف وعدمه ومن مابعد الموت ليس له الاثلث ماله- وهذا من الوضوح بمكان ومع الاغماض عنه فدلالتها انماهى بالاطلاق فيقيد بالنصوص المتقدمة فتختص بالوصية .

وخبر(٦) على بن عقبة عن الصادق (ع) فى رجل حضره الموت فاعتق مملوكا له ليس له غيره فابى الورثة ان يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه قال (ع) مايعتق منه الاثلثه و ساير

١ - ٢ - ٣ - ٤ - الوسائل- باب ١٠ - من ابواب كتاب الوصايا حديث - ٣ - ٢ - ٧ - ٨ -

٥ - الوسائل ، باب ١٦ ، من ابواب كتاب الوصايا ، حديث ٢

٦ - الوسائل - باب ١١ - من ابواب كتاب الوصايا - حديث ٤ -

ذلك الورثة احق بذلك ولهم مابقي ونحوه خبر(١) عقبة بن خالد (ويرد) على الاستدلال بهما انهما ليسا في العتق منجزاً في حال المرض وليس المسئول عنه صحة عتقه في جميع العبد بل المفروض فيهما عدم صحته الافى الثلث - و انما السؤال عن حكم الثلثين الاخرين من جهة ان المعتق لبعض العبد اذالم يكن ميتا و كان موسرا يكلف بان يعتق الباقى و ان كان معسرا يستسعى العبد فى الباقى - فلاربط لهما بما هو محل الكلام .

وخبر (٢) ابى بصير عنه عليه السلام انا اعتق رجل عند موته خادماله ثم اوصى بوصية اخرى الغيت الوصية واعتقت الجارية من ثلثه الاان يفضل من ثلثه ما يبلغ الوصية (وفيه) ان المسئول عنه تعاقب الوصيتين احداهما بالعتق - كما يشير اليه قوله بوصية اخرى فلاربط له بمحل الكلام.

وخبر (٣) ابى ولاد عنه عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين فتبرئه منه فى مرضها قال عليه السلام بل تهبه له فتجوز هبتها ويحتسب ذلك من ثلثها ان كانت تركت شيئا وقريب منه خبر(٤) سماعة (وفيه) مضافا الى ضعف السند ان مضمونهما لم يقل به احد لان الابراء مما فى الذمة صحيح بالاجماع دون هبته والحكم فيهما بالعكس فكيف يستند الى هذين الخبرين المقلوبى الحكم والضعيفى السند .

وخبر(٥) جراح المدائنى عنه عليه السلام عن عطية الوالد لولده ببينة قال عليه السلام اذا اعطاه فى صحته جاز ونحوه خبر(٦) سماعة - وقريب منهما صحيح(٧) الحلبى - فى ابراء المرئة من الصداق (ولكنها) تدل على اعتبار الصحة فى هبة الوالد لولده وابراء المرئة من الصداق - ولا تختص بمرض الموت - ولا بمازاد على الثلث - فهى غير

١-٤ -٥-٦-٧- الوسائل باب١٧- من ابواب كتاب الوصايا حديث ١٣ - ١٦ - ١٤-١١-١٥

٢-الوسائل باب٦٧- من ابواب كتاب الوصايا - حديث٣

٣-الوسائل-باب١١- من ابواب كتاب الوصايا حديث ١١

مربوطة بالمقام .

وصحيح(١) محمدبن مسلم عن ابى عبدالله عليه السلام عن رجل حضره الموت فاعتق غلامه واوصى بوصية فكان اكثرمن الثلث قال عليه السلام يمضى عتق الغلام ويكون النقصان فيمابقى بدعوى ان الظاهر ارادة كون مجموع التنجيز والوصية اكثرمن الثلث فاجابه عليه السلام بمضى العتق وان النقصان الذى فى الثلث يكون فى الوصية (ويرده) انه ليس فيه مايشهد بارادة كون المجموع اكثر ـ الا افراد لفظ كان ـ بل الظاهر منه ارادة كون ما اوصى به اكثر من الثلث ـ وبه يظهر الحال فى حسنه(٢) الاخر قريب من هذا المضمون و قد استدل بعضهم بهما للقول الاول حتى ادعى صراحة الثانى منهما و قال انه غير قابل للتأويل .

وموثق (٣) الحسن بن الجهم عن ابى الحسن عليه السلام فى رجل اعتق مملوكا و قد حضره الموت واشهد له بذلك وقيمته ستمائة و عليه دين ثلاثمائة درهم و لم يترك شيئا غيره قال عليه السلام يعتق منه سدسه لانه انماله منه ثلاثمائة درهم وتقضى عنه ثلاثمائة درهم وله من الثلاثمائة درهم ثلثها وهوالسدس من الجميع(وفيه اولا) انه ظاهر فى الوصية لاالتنجيز بقرينة التعليل اذلو كان المراد منه التنجيز كان المتعين التعليل بانه وان كان جميع العبدله الاانه ممنوع عن التصرف فى غير سدسه ـ لاالتعليل بانه ليس له الاالسدس والتعبير عن الوصية بالعتق لكونه سببه القوى بواسطة الوصية (وثانيا) مافى المسالك قال ان الرواية واردة فى العتق فلايلزم تعدى الحكم منه الى غيره ـ ودعوى ـ اولوية غيره ممنوعة بل هو قياس وبنائه على التغليب لايدل على المطلوب وعدم القايل باختصاصه بالحكم على تقدير تسليمه لايجوز قياس غيره عليه و (ثالثا) انه لم يفرض فيه المرض.

وبماذكرناه فى هذا الموثق يظهر الجواب عن صحيح(٣) ابن الحجاج الطويل وصحيح(٤)

١ـ٢ـ الوسائل باب ٦٧ـ من ابواب كتاب الوصايا ـ حديث ١-٤

٣-٤ـ الوسائل باب ٣٩ ـ من ابواب كتاب الوصايا ـ حديث ٤-٦

جميل عن ابى عبدالله (ع) فى رجل اعتق مملوكه عند موته و عليه دين فقال ان كان قيمته مثل الذى عليه و مثله جاز عتقه والا لم يجز وظاهر الخبر انه ان كان قيمة العبد مثلى الدين جاز والا لم يجز - ولا يظهر لى وجه دلالته على ان العتق المنجز قبل الموت يصح فى الثلث دون الزايد عليه - وهناك روايات اخر قريبة من ماذكر (فتحصل) انه لادليل على القول بان المنجزات تخرج من الثلث - وعلى فرض التنزل و تسليم دلالة بعض مامر عليه بالاطلاق يقيد اطلاقه بمامر و يختص بالوصية - وعلى فرض تسليم دلالة مامر على كونها من الثلث و عدم قابلية حمله على الوصية يقع التعارض بين النصوص - والترجيح للاخبار الاولة - للشهرة بين القدماء التى هى اول المرجحات - فالاظهر انها من الاصل .

ثم انه على القول بكونها من الثلث لا اشكال فى اختصاص ذلك بما (اذا مات فى عوضه) فلو تبرع منجزا فى حال المرض بما يزيد على الثلث ثم برأ من مرضه صح تبرعه ولا يتوقف على اذن الورثة وان مات بعد بمرض آخر او بغير مرض بلا خلاف فيه بل عليه الاجماع لاصالة عدم الخروج من الاصل الامادل عليه الدليل (وبه) يظهر ان الميزان فى المرض هو الذى يصدق عليه عرفا انه حضره الموت واتاه ونحو ذلك وان بقى اياما كما افاده صاحب الجواهر لاختصاص نصوصه بذلك - وليس المدار على المرض المخوف كى يبحث فى الطريق الى معرفة المخوف لعدم اخذه فى شىء من الاخبار .

ولو شك فى مورد انه هل يصدق العنوان الماخوذ موضوعا ام لا - يحكم بكونه من الاصل - لانه الاصل الثابت بمادل (١) على تسلط الانسان على ماله خرج عنه عنوان صدقه مشكوك فيه من جهة عدم تمييز مفهومه و فى مثله يتمسك بعموم العام .

ثم ان الماخوذ فى الروايات هو العطية والابراء والعتق - وانما يتعدى عنها الى غيرها من المنجزات بعدم القول بالفصل - وعليه فيتعين الاقتصار على المتفق عليه - وهو

١- البحار ج٢ ص ٢٥٢ الطبع الحديث

ماجعله ضابطاله فى المسالك قال ماستلزمت تفويت المال على الوارث بغير عوض ولكن مع ذلك يبقى موارد مشكوك فيها كالصدقة المندوبة المراد بها السلامة ـ واما تزويج المرئة نفسها باقل من مهر المثل فليس منهـا قطعا ـ وكذا الاجارة باقل من ثمن المثل .

الفلس من اسباب الحجر

(السادس) من اسباب الحجر والمنع عن التصرف (**الفلس**) وهو قصور المال عن الوفاء بالدين وفى محكى القواعد المفلس من عليه ديون ولامال له يفى بها ـ وهو شامل لمن قصر ماله ومن لامال له بناء على عدم استدعاء السالبة وجود الموضوع ـ وفى المسالك نسبة هذا التعريف الى اكثر الفقهاء ـ وعليه ـ فيكون المفلس ذلك وان لم يحجر عليه وانما يطلق التفليس على حجر الحاكم على المفلس ـ من باب اطلاق اسم السبب على المسبب ـ فيجتمع الفلس والصغر .

(و) كيف كان فانما (**يحجر عليه**) اى على المفلس (**بشروط اربعة**) وعن القواعد والتذكرة بشروط خمسة بزيادة المديونية لكنها ترجع الى الاول وهو (**ثبوت ديونه عند الحاكم**) الذى يريد ان يحجره لاصالة بقاء سلطنته مع عدم الثبوت ولان الحجر انما يقع من الحاكم فمع عدم ثبوت الموضوع عنده ليس له الحجر (و) **الثانى** ـ من الشروط (**حلولها**) اى حلول الديون ـ لانه لايستحق الديان المطالبة مع عدم الحلول فلعل الله يحدث بعد ذلك امرا و يسهل له الوفاء عند استحقاق المطالبة (و) الثالث (**قصور امواله**) من عروض ومنافع وديون غير المستثنيات فى الدين (**عنها**) اى عن الديون ـ وان لم تكن قاصرة فلا حجر اجماعاً كما عن جامع المقاصد وعند علمائنا اجمع كما فى المسالك ـ بل يطالب بالديون فان قضاها والا اجبره الحاكم بالقضاء ـ وان لم يقض تخير الحاكم مع طلب اربابها بين ان يحبسه الى ان يقضى المال وبين ان يبيع متاعه و يقضى به الديون ـ كما مر فى الممتنع عن اداء الدين ـ ولا يمنع فى هذه الحال من التصرف

فى امواله فلو تصرف فيها قبل وفاء الحاكم نفذ تصرفه وان كان باخراجه عن ملكه - وينتقل حكمه ح الى حكم من ليس عنده مال - والمراد باموالهالقاصرة مايشمل الاموال التى ملكها بعوض ثابت فى ذمته - لانهاملكه الان وان كان لاربابها الرجوع فيها - كما لهم المطالبة بالعوض وكما يحتسب تلك من امواله كك يحتسب اعواضها من ديونه (٥) الرابع (مطالبة اربابها الحجر) اذالحق لهم فلايحجر عليه مع عدم طلبهم ذلك الاان تكون الديون لمن له الولاية عليه كاليتيم و المجنون وماشاكل - ولو طالب هو الحجر دون ارباب الدين - فعن التذكرة انه يحجرعليه - لان فيه مصلحة له ببرائة ذمته فكما يجاب الغرماء فى ملتمسهم حفظا لحقوقهم يجاب هو ايضاً ليسلم من حق الغرماء ومن الاثم بترك وفاء الدين - ولماروى(١) عن النبى(ص) انه حجر على معاذ بالتماسه خاصة - ولكن الاول وجه اعتبارى لايصلح مستندا للحكم الشرعى - والثانى ضعيف السند - فالاظهر انه لايحجر عليه للاصل السالم عن المعارض .

المفلس اذا حجر عليه يمنع من التصرف فى ماله

(واذا) اجتمعت الشروط - و **(حجر عليه الحاكم بطل تصرفه فى ماله مادام الحجر باقيا)** بلاخلاف يعتدبه فى ذلك ونخبة القول فيه تقتضى البحث فى امور .

١- مع اجتماع الشروط هل للحاكم الشرعى حجره من التصرف فى ماله فيبطل تصرفه فيه ح ام ليس له ذلك المشهور بين الاصحاب هو الاول بل لم ينقل الخلاف عن احد سوى صاحب الحدائق ره فانه استشكل فيه بل حكم بانه ليس للحاكم ان يحجره ويمكن ان يستدل للمشهور بوجوه (منها) الاجماع عليه قديما وحديثا - فان تم ما افاده المحدث البحرانى من عدم ظهور شىء من الروايات فى ذلك كان الاجماع المذكور حجة قطعا (ومنها) انه لاريب فى ان ذلك من وظائف قضاة الجور وحكامهم لما نرى و نسمع انهم يحجرون المفلس عن التصرف فى ماله - وقد دلت النصوص(٢) المتضمنة

١- التذكرة ج٢- ص٥٢

٢- الوسائل - باب ١١- من ابواب صفات القاضى من كتاب القضاء

لجعله (ع) حاكم الشرع حاكماوقاضياعلى ان لهجميع مالحكام الجور من الوظائف والمناصب ومنها هذه الوظيفة وهذا المنصب (و منها) النصوص الخاصة ـ لاحظ خبر(١) غياث بن ابراهيم عن جعفر عن ابيه عليهما السلام ان عليا(ع) كان يفلس الرجل اذا التوى على غرمائه ثم يامربه فيقسم ماله الحديث وتقريب الاستدلال بهمن وجهين ـ احدهما ـ قوله يفلس الرجل اذلامعنى معقول له الاالحجر عليه ـ ثانيهما ـ قوله ثم يامربه فيقسم ماله ـ فانه ظاهر في رفع اختياره لواراد التصرف في ماله على وجه يخرجه عن ملكه ـ بل لعله المراد من الحبس في خبر(٢) الاصبغ بن نباتة عن امير المؤمنين(ع) انه قضى(ع) في الرجل يلتوى على غرمائه انه يحبس ثم يؤمر به فيقسم ماله بين غرمائه بالحصص فان ابى باعه فقسمه بينهم ـ فان قوله بالحصص قرينة على كونه مفلسا ـ وامره بتقسيمه بنفسه قرينة على ارادة المنع من التصرف من قوله ان يحبس لاالسجن ـ ومثله موثق ـ (٣) عمار عن الصادق(ع) فلاينبغي التوقف في ان للحاكم ذلك .

٢ـ اذا حجر عليه الحاكم يمنع من التصرف في المال الموجود في حال الحجر ـ سواء كان بعوض اوغيره على المشهور ـ وعن ظاهر الخلاف والغنية الاجماع على منعه من التصرف بماله بمايبطل به حق الغرماء (والوجه) فيه ان الحجر انماهو لحفظ المال للغرماء فحق الغرماء متعلق به فليس له التصرف فيه بوجه ـ مع ـ انه اذا كان له تسلط على المال بوجه خيف عليه منه ـ نعم ـ لاوجه لمنعه من التصرف الذى لايكون تصرفا في المال كالنكاح والطلاق والقصاص والعفوعنه وماشاكل مماليس تصرفا في المال ـ ولاالتصرف المحصل للمال كالاحتطاب والاصطياد ـ واولى منهما الاتهاب و الشراء بثمن في الذمة والقرض ونحوها سيما على القول بتعلق حقهم بها ايضافان هذه التصرفات ح لمصلحة الغرماء .

---

١ ـ ٣ ـ الوسائل ـ باب ٦ ـ من ابواب كتاب الحجر ـ حديث ١

٢ ـ الوسائل ـ باب ١١ ـ من ابواب كيفية الحكم ـ من كتاب القضاء ـ حديث ١

وهل تصرفه الممنوع عنه ح كتصرف الراهن موقوف على اجازة الغرماء فيصح مع الاجازة - ام يكون باطلا رأسا وجهان بل قولان اظهرهما الاول للعمومات السليمة عن المخصص لان المتيقن من مايستفاد من ادلة المنع من التصرف هو الاستقلال مع - انه يمكن ان يقال باستفادة الصحة مع الاجازة من عموم التعليل الوارد فى النصوص(١) المبينة لحكم نكاح العبد بدون اذن سيده - بانه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا اجاز جاز - اذ المستفاد منها ان كل عقد كان النهى عنه لحق الادمى يصح بحصول الرضا واجازة صاحب الحق وعلى الجملة -- فالمنع حيث يكون لحق الغرماء - ولهم الاذن فى التصرف - فلهم ان يجيزوا العقد الذى اوقعه - بناء على ماهو الحق من كون صحة الفضولى على القاعدة .

٣- (فلو اقترض بعده) اى بعد الحجر (او اشترى فى الذمة لم يشارك المقترض والبايع الغرماء) اذا كان عالما بحاله اتفاقا كما فى المسالك - له - ولاقدامه على دينه حيث علم اعساره و تعلق حق الغرماء بامواله - و اما ان كان جاهلا فعن المصنف والمحقق والشهيدين والكركى انه كك - وقيل انه يجوز له فسخه واختصاصه بعين ماله - وقيل انه يضرب مع الغرماء (وجه) الاول تعلق حق الغرماء الموجودين عند الحجر باموا له وان كانت متجددة بناء على تعلق الحجر بالمتجدد من ماله (ووجه) الثانى عموم قوله (ع) كما فى الخبر الاتى صاحب المتاع احق بمتاعه اذا وجده بعينه (ووجه) الثالث ان له حقا ثابتا فى الذمة فهو غريم فيضرب به كساير الغرماء - وانه قد ادخل فى مقابل الثمن مالا فليضرب بالثمن اذ ليس فيه اضاعة على الغرماء - (اقول) اما تعلق حق الغرماء بالمال المتجدد - بدون تجديد الحجر عليه - ففى غاية الاشكال - للاصل بعد عدم اطلاق او عموم شامل له - بل المتجه عدم التعلق كما عن فخر المحققين كما ان المتجه عدم تعلق حق الغريم الجديد بالمال المحجور عليه لانه بعد الحكم بتعين صرفه فى قضاء ديون الموجودين تبدل الحكم بشركة الجديد

١-- الوسائل - باب ٢٦ - من ابواب نكاح العبيد والاماء

معهم المستلزم للضرر عليهم خلاف الاصل يحتاج الى دليل وعلى ذلك فيتجه القول الثاني لا للعموم المذكور فانه في المال المحجور عليه بل لانه اذا كان عوضه حالا ولم يسلم المشتري يكون البايع له بالخيار وبه يظهر انه لو كان مؤجلا او كان قرضا لاحق له ايضا فيه قبل حلول الاجل - وبما ذكرناه يظهر ما في وجهي الثالث .

٤- (ولو اتلف مال غيره شارك صاحبه) مع الغرماء - كما في المتن وعن القواعد وجامع المقاصد والمسالك واستدلوا له - بعموم الخبر الدال على الضرب - وبان - الثابت هنا من المال بغير رضا صاحبه ولكن لم اعثر على خبر يدل على الضرب شامل للفرض - و ثبوت مال في الذمة بغير رضا صاحبه - لا يقتضي مشاركته مع الغرماء - فالاظهر ما عن الاردبيلي من عدم المشاركة و قواه صاحب الجواهر ره بل حاله حال من اتلف مال الغير ولا مال له.

مشاركة المقر له بالدين السابق مع الغرماء

٥- ولو اقر بدين سابق صح لما دل (١) على جواز اقرار العقلاء على انفسهم - و هل يشارك المقر له مع الغرماء كما في المتن حيث قال (وكذا لو اقر بدين سابق بعد حكمه) بمشاركة من اتلف ماله معهم - وهو المحكي عن الشيخ في المبسوط والمحقق في الشرايع والمصنف في التذكرة والتحرير ام لا يشاركهم كما عن الارشاد و قواه الشهيد الثاني واختاره المحقق الاردبيلي ره وجهان .

وقد استدل للاول (بان) الاقرار كالبينة فكما انه مع قيامها لا اشكال في المشاركة كذلك مع الاقرار (وبانه) عاقل فينفذ اقراره للخبر وعموم الخبر في قسمة ماله بين الغرماء والمقر له احدهم (وبانتفاء) التهمة على الغرماء لان ضرر الاقرار في حقه اكثر منه في حق الغرماء (وبان) الظاهر من مال الانسان انه لا يقر بدين عليه مع عدمه (واورد) عليها في المسالك بقوله ويشكل بمنع دلالة الخبر على المدعى لانا قبلناه على نفسه ومن ثم الزمناه بالمال بعد زوال الحجر ولم يدل على انه جائز على غيره ولو شارك المقر له للغرماء

١- الوسائل - باب ٣- من ابواب كتاب الاقرار -

لنفذ عليهم لتعلق حقهم بجميع ماله ـ ولامعنى لمنعه من التصرف الاعدم نفوذه فى ماله الموجود والمشاركة تستلزم ذلك ـ ونمنع مساواة الاقرار للبينة فى جميع الاحكام و يظهر اثره فيمن لايقبل اقراره اذا اقيمت عليه البينة واذا لم تكن القاعدة كلية لم تصلح كبرى للشكل الاول ولاينتج المطلوب ـ والتهمة موجودة فى حق الغرماء لانه يريد اسقاط حقهم باقراره وتحقق الضرر عليه لايمنع من ايجابه الضرر عليهم و لامكان المواطاة بينه وبين المقر له فلايتحقق الضرر الاعليهم انتهى .

اقول ان اخبار المقر بدين سابق ان كان واجد الشرائط الحجية بان كان المقر ثقة ـ بناء على حجية خبر الواحد فى الموضوعات ـ ثبت به الدين السابق فيشمله مادل على شركة جميع الغرماء ومنهم المقر له على هذا فى المال ـ وان لم يكن واجد الشرائط الحجية فغاية ما يدل عليه خبر الاقرار نفوذه على نفسه لا على الغير (فان قيل) انه قد اشتهر بينهم حجية الامارة فى مثبتاتها ومنها الاقرار ـ فاذا صار حجة ولو على نفسه يكون حجة فى لازمه وهو ثبوت الدين واقعاً وكون المقر له من الغرماء حين الحجر ـ و يترتب عليه مشاركته معهم (قلنا) انه لم يدل دليل على حجية الامارة فى مثبتاتها مطلقا ـ وانما بنينا عليها مع اجتماع القيدين ـ احدهما كون الامارة حاكية عن اللوازم والملزومات كما فى الخبر ـ ثانيهما اطلاق دليل الحجية ومع فقد احد القيدين لاتكون الامارة حجة فى مثبتاتها ـ وفى المقام القيد الاول وان كان موجوداً ـ الاان الثانى مفقود فان دليل حجية الاقرار مختص بمايكون عليه ـ ولانظر له الى الجهات الاخر ـ وعليه فلايثبت به كون المقر له من الغرماء حين الحجر كى يشمله مادل على مشاركة الغرماء فى المال وظهور حال الانسان فى عدم الاقرار بدين مع عدمه ـ ممنوع فى المقام ـ وعلى فرضه لادليل على حجية هذا الظهور مالم يفد الاطمينان ـ كما ان مجرد انتفاء التهمة لايكفى مع انه ممنوع (فالمتحصل) مما ذكرناه انه لو كان المقر ثقة يشترك المقر له مع الغرماء ـ والافلا .

(و) بماذكرناه يظهر حكم ما (**لواقر بعين**) فانه ان كان اخبار المقر واجداً

لشرائط الحجية بـان كان المقرئقة (**تدفع**) العين (**الى المقوله**) والا ـ فلا ـ وفى المسالك واعلم ان جملة الاقوال فى المسألة اتفقت على قدر الاحتمالات الممكنة و هى اربعة ـ نفى نفوده فيهما ـ واختاره العلامة فى الارشاد والشهيد وجماعة ـ واثباته فيهما وهو خيرة التذكرة ـ وثبوته فى العين دون الدين ذهب اليه ابن ادريس ـ وبالعكس وهو ظاهر المصنف فى الكتاب وان كان بعد ذلك تردد ـ و قد عرفت ان ما اخترناه وقويناه قول خامس فى المسألة.

(و) مماقدمناه يظهر ان (**له اجازة بيع الخيار وفسخه**) لان هذا التصرف اثر امر سابق على الحجر فلا يمنع منه ـ كما انه ظهر ان ما اشترطه المصنف ره من اعتبار الغبطة فى الرد بالعيب السابق فى غير محله.

اختصاص الغريم بعين ماله

-٦-(و)المعروف بين الاصحاب ان (**من وجد**) من الغرماء (**عين ماله كان له اخذها دون نمائها وان لم يكن سواها**) ان كان المديون حيا ـ بل لم ينقل الخلاف الاعن الشيخ ره فى التهذيب والاستبصار والنهاية والمبسوط ـ فخص الاختصاص بما اذا كان وفاء بتجدد مال آخر للمفلس بارث او اكتساب اوتكون الديون انما تزيد على امواله مع ضميمة الدين المتعلق بمتاع واجده فاذا خرج الدين من بين ديونه و المتاع من بين امواله صارت و افية بالديون او بغير ذلك مما يتصور فيه ذلك بحيث لاينافى القصور الذى هو شرط الفلس.

و يشهد للمشهور مضافا الى النبوى المروى فى كتب الفروع اذا افلس الرجل ووجد سلعته فهو احق بها و نحوه غيره ـ اطلاق صحيح (١) عمر بن يزيد عن ابى الحسن عليه السلام عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه قال عليه السلام لايحاصه

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٥ ـ من ابواب كتاب الحجر ـ حديث ٢

الغرماء و صحيح (١) جميل عن بعض اصحابنا عن ابی عبدالله عليه السلام فی رجل باع متاعا من رجل فقبض المشتری المتاع و لم يدفع الثمن ثم مات المشتری والمتاع قائم بعينه فقال عليه السلام اذا كان المتاع قائما بعينه رد الى صاحب المتاع و قال ليس للغرماء ان يحاصوه فتامل ـ فان هذا الخبر غير مانحن فيه اذهو فی الميت وسياتی الكلام فيه فالعمدة هو الصحيح الاول .

و استدل لماذهب اليه الشيخ بصحيح (٢) ابی ولاد عنه عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعا الى سنة فمات المشتری قبل ان يحل ماله واصاب البايع متاعه له ان ياخذه اذاحقق له فقال عليه السلام ان كان عليه دين وترك نحوا مما عليه فلياخذه ان حقق له فان ذلك حلال ولو لم يترك نحوا من دينه فان صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شیء ياخذ حصته ولاسبيل له على المتاع والمراد بالنحو هنا المثل بمعنى ان تكون تركته قدر ما عليه فصاعدا بحيث لايحصل على باقی الغرماء قصور (ولكنه) مختص بالميت و عدم الفصل بينه وبين الحی غير ثابت بل خلافه ثابت اذمضافا الى فتوى الاصحاب يمكن ان يقال ان الميت لايبقى له ذمة فلا يناسب الاختصاص الامع الوفاء ـ و اما الحی فذمته باقية و الديون الباقية تتعلق بها فربما يتمكن من ادائها بعدذلك باكتساب مال ونحوه ـ فما عن المشهور اظهر ـ ثم ان تمام الكلام بالبحث فی جهات .

الاولى انه ليس فی النصوص سوى احقيته بماله ورده اليه و انه ليس للغرماء ان يحاصوه ولايدل ذلك على ان له الفسخ اللهم الا ان يقال بقرينة فهم الاصحاب ان المتفاهم عرفا من اخذ عين ماله ان له الفسخ فتدبر .

الثانية انه لااختصاص له بنماء ماله ـ فانه للمديون لكونه نماء ماله والنص دل على اختصاصه بعين ماله فالنماء حكمه حكم ساير امواله .

الثالثة ان المعروف بين الاصحاب ان له ان لاياخذ عين ماله فيضرب مع الغرماء و النص دال على خلاف ذلك فانه يدل على اختصاصه بعين ماله وانه ليس له

---

١ ـ٢ ـ الوسائل ـ باب ٥ـ من ابواب كتاب الحجر ـ حديث ١ـ٣

غيرها فلاوجه لضربه مع الغرماء - اللهم الا ان يقال - ان قوله ﷺ ردالى صاحب المتاع نظير الامر الوارد مورد توهم الحظر لايستفاد منه ازيد من ان له ذلك فيبقى اطلاق ادلة الضرب مع الغرماءسليماعن المقيد - وعليه - فايراد صاحب الحدائق ره على الاصحاب فى غير محله .

الرابعة اختلفوا فى ان الخيار الثابت له هل هو على الفور او التراخي - فـي المسالك منشأ هما اطلاق النص بثبوته فيستصحب الى ان يثبت المزيل - ووجوب الوفاء بالعقد وبناء البيع على اللزوم فيقتصر فى الخروج عن ذلك على موضع الضرورة جمعا - وربمايقال على القول بثبوت خيار الفسخ لصاحب المتاع كماهو المشهور - يدخل المقام فى كبرى كلية مذكورة فى الخيارات وغيرها من المباحث المتقدمة وهى انه اذا ورد عام له عموم افـرادى وعموم ازماني اواطلاق كك - وخرج عنه بعض افراده فى بعض الازمنة - وشك بعد مضى الزمان المتيقن خروج الفرد عن العام فيه - انه هل الحكم الخاص بـاق ام الثابت هو الحكم الثابت بالعموم - وحيث ان المختار فى تلك المسألة هو الرجوع الى العام مطلقا اى كان له عموم ازماني او اطلاق كـك ولا يرجع الـى الاستصحاب فى ذلك المورد - فمقتضى القاعدة هو البناء على ان الخيار للفور - وليس بازاء ذلك مايدل على ثبوت الخيار بنحو الاطلاق لمامر من انه لو بنى عليه فهو المستفاد من ان له اخذ عين ماله - الملائم مع كون الاخذ وفاء (ولكن) يرد عليه انه مع تسليم دلالة الامر بالرد على الخيار - حيث ان مقتضى اطلاقه ان له الاخذ فى اى وقت شاء - فلازمه ثبوت الخيار بنحو الاطلاق -- وبـه يرفع اليد عـن عموم مادل على لزوم العقد لان اطلاق المقيد مقدم عـلى اطلاق المطلـق فالاظهر انـه على نحو التراخي والله اعلم .

(ولوخلطها بالمساوى) كمالو اشترى زيتا فخلطه بمثله **(اوالادون فله عين ماله)** لوجود عين ماله فيقسم ح بينه وبين المفلس **(و الا)** بان خلطها بماهو اجود منها **(ف)** عن الشيخ وفى المتن **(الضرب مع الغرماء)** واستدل له بانها ح كالتالفة بالاختلاط

وعدم التمكن من القسمة للاضرار بالمفلس - ويرده - ان عين ماله موجودة على الفرض فله فسخ عقده بمقتضى اطلاق النص فيشترك مع المفلس فيجرى ح قاعدة الشركة - وبعد تشخيص حقه عينا اوقيمة ياخذ ماله .

السادسة (**ولا اختصاص فى مال الميت مع قصور التركة**) و انما له الاختصاص اذا ترك الميت نحوا مما عليه فيجوز ح لصاحب العين اخذها - لما مر من ان ذلك مقتضى الجمع بين صحيح ابى ولاد ومرسل جميل - ثم ان مقتضى اطلاقهما عدم الفرق فى هذا الحكم بين ان يموت المديون محجورا عليه ام لا - وان الموت بمنزلة الحجر .

السابعة (**ويخرج الحب والبيض بالزرع والاستفراخ عن الاختصاص**) لاستحالة ماله فى ملك المشترى فلا يكون عين ماله قائمة.

الثامنة (و) لو باع شقصا وفلس المشترى - كان (**للشفيع اخذ الشقص ويضرب البايع مع الغرماء**) فها هنا فرعان - احدهما - انه يقدم حق الشفيع على البايع ووجهه اسبقية حقه من حق البايع لان حقه ثبت بالبيع وحق البايع يثبت بالحجر - وان شئت قلت ان غاية مايدل عليه النص انه ليس للغرماء محاصة البايع مع بقاء العين ودليل الشفعة يدل على ان للشفيع عدم ابقاء العين فيكون دليلها صالحا لرفع موضوع هذه النصوص فيقدم - الثانى - انه لا اختصاص للبايع بالثمن بل يكون فيه اسوة مع الغرماء و وجهه ظاهر فان الثمن ليس عين ماله.

عدم جواز مطالبة المعسر

(**مسائل الاولى - لو افلس بثمن ام الولد بيعت او اخذها البايع الثانية لا تحل مطالبة المعسر**) بل ينظر الى ميسرة - بلا خلاف فيه فى الجملة - ويشهد به من الكتاب قوله تعالى(١) «وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة» ومن السنة نصوص كثيرة لاحظ

١- سورة البقره اية ٢٨١

الخبر (١) المتضمن لوصية الامام الصادق (ع) الطويلة اياكم واعسار احد من اخوانكم المسلمين ان تعسروه بشيء يكون لكم قبله وهو معسر فان ابانا رسول الله (ص) كان يقول ليس لمسلم ان يعسر مسلما ومن انظر معسرا اظله الله يوم القيمة بظله يوم لاظل الاظله - ومرسل (٢) ابن سنان عن النبى (ص) لايحل لغريمك ان يمطلك وهو موسر فكك لايحل لك ان تعسره اذا علمت انه معسر - ونحوهما غيرهما .

انما الكلام (و) الخلاف - فى انه ان كان قادرا على كسب المال - فهل لايكون له (**الزامه بالتكسب**) كما هو المشهور بين الاصحاب بل ارسله بعضهم ارسال المسلمات وعللوا به عدم وجوب قبول الهبة ونحوها - ام يجوز الزامه به كما عن جماعة من المتاخرين - ام يجوز مؤاجرته خاصة كما عن ابن حمزة ومال اليه فى محكى المختلف و اختاره الشهيد - وفى الجواهر فالانصاف ان كلمات الاصحاب لايمكن جمعها على معنى واحد بل لعل الحاصل مما ذكرناه منها اربعة اقوال اوخمسة (وقد استدل) لما هو المشهور من عدم وجوب التكسب حتى بالتقاط مباح لايحتاج الى تكلف - بالاصل - و ظاهر الاية الشريفة والاخبار وهى مامر - وخبر (٣) غياث عن الصادق (ع) ان عليا (ع) كان يحبس في الدين فاذا تبين له حاجة وافلاس خلى سبيله حق يستفيد مالا (ولكن) الاصل لايرجع اليه بعد الامر بقضاء الدين فانه ان وجب وجبت مقدمته - واما الاية الكريمة فهى تدل على وجوب الانظار الى الميسرة واما ان تحصيلها واجب اوغير واجب فهى ساكتة عنه - وبه يظهر حال الاخبار بل لو قيل بظهورها فى وجوب التكسب بجعل حتى فيها تعليلية لم يكن بعيدا (والاظهر) وجوب التكسب عليه ويشهد به مضافا الى انه مع تمكنه من الاكتساب يكون قادرا على اداء الدين فيجب عليه مقدمة له - خبر (٤) السكونى روى عن الصادق (ع) ان عليا (ع) كان يحبس فى الدين ثم ينظر فان كان له مال اعطى الغرماء وان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول لهم اصنعوا به ماشئتم و آجروه وان

١-٢- الوسائل - باب ٢٥ - من ابواب الدين والقرض - حديث ١-٢

٣-٤- الوسائل - باب ٧ - من ابواب كتاب الحجر - حديث ١-٣

شئتم استعملوه - وان كان فيه اشكال - من جهة ماعن الحلى من انه مخالف لاصول مذهبنا ومحكم التنزيل (ولعل) نظره الشريف الى ان الامر في الاية بالانظار وكذا في الخبر ينافي استعماله في الدين ومؤاجرته - وكذا تخلية السبيل التي في خبر غياث.

نعم لاخلاف (و) لااشكال في انه (لا) يلزم (**بيع دار سكناه ولاعبد خدمته**) وعن المبسوط والغنية والتذكرة الاجماع عليه لحسن (١) الحلبي عن الصادق (ع) لاتباع الدار ولاالجارية في الدين لانه لابد للرجل من ظل يسكنه وخادم يخدمه وصحيح (٢) المحاربي عنه (ع) لايخرج الرجل من مسقط رأسه بالدين وخبر (٣) عثمان بن زياد قلت لابي عبدالله (ع) ان لي على رجل دينا وقد اراد ان يبيع داره فيقضيني فقال ابو عبدالله (ع) اعيذك بالله ان تخرجه من ظل رأسه (فما) يظهر من خبر (٤) سلمة بن كهيل من لزوم بيعها - لابد من حمله على الموسر المماطل او على الزايد عن قدر الحاجة - او التقية - او نحو تلكم (ثم ان) الظاهر من التعليل في الحسن نظرا الى انه يعمم ويخصص - ثبوت الحكم في كل مايحتاج اليه في المعيشة - وايضا - عدم استثناء الدار اذا كانت الحاجة اليها من حيث الشرف لامن حيث الاضطرار - كما لو كان له دار قد وقفت عليه ترتفع ضرورته بسكناه فيها - فعليه ان يبيع داره المملوكة (نعم) اذا كان ذلك حرجا ومشقة لايبيع لادلة نفي العسر والحرج - فالمتحصل مما ذكرناه استثناء كل مايحتاج اليه في المعيشة - ومافي بيعه حرج ومشقة وعسر.

(**الثالثة لايحل بالحجر المؤجل**) بلاخلاف الا عن الاسكافي - لعدم الموجب للحلول - الا القياس على الموت (**ولو مات من عليه حل**) بلاخلاف ولااشكال - ويشهد به نصوص - كخبر (٥) السكوني عن جعفر عن ابيه عليهما السلام اذا كان على الرجل دين الى اجل ومات حل الدين والصحيح (٦) المضمر اذا مات فقد حل مال القارض ونحوهما غيرهما -

---

١-٢-٣-٤- الوسائل - باب ١١ - من ابواب الدين القرض حديث ١ - ٨-٣-٩

٥-٦- الوسائل - باب ١٢ - من ابواب الدين و القرض - حديث -٣-٢-

ومقتضى اطلاقها عدم الفرق بين السلم وغيره (فما) عن ايضاح الفخر وحواشي الشهيد من عدم حلول السلم بالموت - ضعيف - واضعف منه الاستدلال له بان للاجل قسطا من الثمن (**ولايحل**) الدين (**بموت صاحبه**) اى من له الدين كما هو المشهور بين الاصحاب - بل عن الخلاف لاخلاف فيه بين المسلمين - لعدم الموجب. واما خبر (١) ابى بصير عن الصادق (ع) اذا مات الرجل حل ماله وما عليه من الدين - فلاعراض الاصحاب عنه لايعتمد عليه .

ينفق على المفلس من ماله الى يوم القسمة

(**الرابعة ينفق عليه من ماله الى يوم القسمة وعلى عياله**) هكذا قالوا - وهو المشهور بينهم وعن غير واحد نفى الخلاف فيه وقد استدل له (تارة) بفحوى مادل على استثناء الدار والخادم فانه اذا كان الخادم مستثنى من جهة الاحتياج فالنفقة اولى بالاستثناء (واخرى) بمادل على استثناء الكفن - فانه بالاولوية يدل على استثناء الكسوة لان الحى اعظم حرمة من الميت - وبعدم القول بالفصل يثبت فى ساير النفقات الواجبة (وثالثة) بادلة وجوب النفقة و تقريب الاستدلال بها كما فى الجواهر انها ترجح على مادل على وفاء الغريم بوجوه منها فتوى الاصحاب (ولكن) يتوجه على الاول انه لايدل على جواز اشتراء الدار والخادم من المال المحجور عليه كى يثبت فى النفقة بتنقيح المناط - وعلى الثانى ان الكفن يتعلق بعين المال بخلاف الكسوة و النفقة - وعلى الثالث انه يتم مع عدم الحجر - وامامعه وتعلق حق الغرماء بالمال الموجود فهو كمن لامال له يسقط عنه وجوب الانفاق اويتعلق بذمته فاذاً لادليل عليه سوى تسالم الاصحاب عليه وكفى به مدركا (**ولومات قدم الكفن**) بلاخلاف يوجد (و استدل) له

---

١ - الوسائل - باب ١٢ - من ابواب الدين والقرض - حديث - ١

بصحيح(١) زرارة عن رجل مات وعليه دين بقدر كفنه قال(ع) يجعل ماترك فى ثمن كفنه الاان يتجر عليه بعض الناس فيكفنوه ويقضى عليه مماترك. وخبر (٢) السكونى عن ابى عبدالله(ع) قال اول مايبدأ به من المال الكفن- ثم الدين - ثم الوصية- ثم الميراث وبمادل (٣) على ان الكفن من اصل المال (وفى الكل) نظر - اما الخبران فلانهما فى المال الذى لم يتعلق به حق الغرماء فاذا حجر عليه ثم مات لايدل الخبران على تقديم الكفن على الدين - وبعبارة اخرى- انه تارة لم يتعلق حق الديان بالمال وبالموت يتعلق به واخرى يكون الحق متعلقا به قبله - والخبران فى الصورة الاولى دون الثانية واما مادل على ان الكفن من اصل المال فانما هو من مالا يكون متعلقا لحق الغير - ولايحضرنى وجه وجيه لتقديمه على ذلك الحق بل مقتضى القاعدة كونه ح من قبيل من مات ولا مال له - الا ان تسالم الاصحاب عليه يغنينا عن تكلف الاستدلال وحيث انحصر المدرك فى الاجماع فيتعين الاقتصار على المتيقن و هو الواجب منه كمالا يخفى .

يقسم المال على الديون الحالة

(الخامسة يقسم المال على الديون الحالة بالتقسيط) فلو كان عليه ديون حالة وديون مؤجلة وقد فلس لقصور ماعنده عن الحالة قسمت امواله علي الحالة خاصة ولايدخر منها شيء للمؤجلة بلاخلاف اذ الدائن لايستحق شيئا قبل الاجل ولايفلس لاجله كما مر فى اول هذا الفصل ولو حلت قبل القسمة فعن التذكرة والروضة شاركت (واستدل) له- بانه- اولى من المتجدد كارش الجناية وعوض الاتلاف (وبان) المقتضى للمشاركة موجود وهو كونه دينا سابقا على الحجر وكان الاجل مانعا فاذا ارتفع عمل المقتضى عمله (ولكن يرد) على الاول ماتقدم من عدم المشاركة فيه - لولا الاجماع -

---

١-٣- الوسائل - باب٢٧ - من ابواب كتاب الوصايا - حديث ٢-١

٢- الوسائل - باب٢٨ - من ابواب كتاب الوصايا - حديث ١

وعلى الثاني ـ اولا ـ ان المقتضی غیر معلوم فی الاحكام الشرعية ولعله يكون الحلول دخيلا فی المقتضی ـ وثانيا ـ انه فی زمان امكان تاثير المقتضی لاموضوع كی يؤثر فيه لان المال تعلق به حق الغير قبل ذلك فلاوجه للمشاركة .

(ولوظهر دين حال بعد القسمة نقضت وشاركهم و مع القسمة يطلق)

لان المقتضى للمشاركة موجود و المانع مفقود اذ الجهل به لايصلح للمانعية ـ فهل يبطل القسمة بنفسها اوانه ينقضها ـ لاثمرة مهمة فی البحث عن ذلك .

(و)هل(يزول الحجر بالاداء) كمافی المتن والشرايع والمسالك والجواهر وغيرها ام يفتقر الى حكم الحاكم ـ وجهان (وجه) الاول ان الحجر عليه انما كان لحق الغرماء ليقسموا امواله الموجودة وقدحصل (ووجه) الثانی انه لم يثبت الا باثبات الحاكم فلايرتفع الابرفعه ـ والاظهر هو الاول ـ لان حجره انما كان فی خصوص الاموال الموجودة كمامر ـ فلاموضوع له كی يكون الحجر باقيا .

(السادسة الولاية فی مال الطفل و المجنون للاب والجدله فان فقد فللوصی فان فقد فللحاكم وفی مال السفيه والمفلس للحاكم خاصة) وقد مر الكلام فی جميع تلكم مستوفی فی كتاب البيع في مبحث الولايات فلا نعيدو الحمدلله اولا وآخرا.

الفصل الرابع فی الضمان

وهو التعهد المالی ـ الذی هو المراد منه فی جميع موارد استعماله بل ساير موارد استعمال مشتقاته ـ واليه يرجع ماقيل انه عبارة عن ادخال المضمون فی عهدة الضامن ـ وله قسمان ـ احدهما ضمان اليد و التلف والاتلاف ـ ثانيهما الضمان الانشائی ـ ومحل الكلام هو الثانی ـ اما الاول فقد مر البحث فيه فی كتاب الغصب .

ثم ان الضمان الانشائی لاريب فی مشروعيته فی الجملة نصا وفتوى كماستعرف ـ وحيث انه من المعاملات وبناء العقلاء والشارع على عدم الاعتناء بالاعتبارات النفسانية

مالم تبرز بمبرز خارجی من لفظ اوفعل فهو یتوقف کسایر المعاملات علی الایجاب و القبول اوالایجاب خاصا والکلام فیما یعتبرفیهما هوالکلام فیما یعتبر فی سایر العقود والایقاعات التی لم یردنص باعتبار شیء خاص فیما تنشأبه وقد اشبعنا الکلام فیه فی کتاب البیع .

انما الکلام فی المقام فی الاحکام المختصة بالضمان الانشائی ـ وتنقیح القول فیه بالبحث فی موضعین ـ الاول فی الضامن وتمام الکلام فیه فی طی مسائل .

الاولی ـ **(وانما یصح)** الضمان **(اذاصدر من اهله)** ای البالغ العاقل المختار فلایصح ضمان الصبی والمجنون والمکره علیه ـ لمامر فی کتاب البیع وغیره من کتب المعاملات (وهل) یعتبر کونه عالما بالمضمون له والمضمون عنه کما عن الشیخ فی المبسوط والمقداد فی التنقیح ـ ام لایعتبر ذلك فیصح مع الجهل کماهو المشهور بین الاصحاب بل عن التذکرة لوضمن الضامن عمن لایعرفه صح ضمانه عند علمائنا ـ ام یعتبر معرفة المضمون عنه دون معرفة المضمون له کما عن المصنف ره فی المختلف وجوه ـ والاظهر هو القول الثانی للعمومات السالمة عن معارضة مایقتضی ذلك (واستدل) للاول فی محکی المبسوط بانه یشترط معرفة المضمون له لیعرف هل هو سهل المعاملة املا ـ ومع انتفاء ذلك یتطرق الغرر ـ ومعرفة المضمون عنه لینظر هل یستحق بذلك علیه املا (ویرد) علی الاول انه لایعتبر العلم بانه سهل المعاملة ام لاقطعا للاجماع علی صحة الضمان مع معرفة المضمون له وان لم یعلم کونه کك ـ کما لایعتبر ذلك فی شیء من المعاملات فمثل هذا الغرر لوسمی غررا لایکون مانعا قطعا (ویرد) علی الثانی ان الضمان لایتوقف علی استحقاق المضمون له لذلك (واستدل) للثالث فی محکی المختلف ـ بان المضمون عنه لابدو ان یتمیز عند الضامن ویتخصص عن غیره لیقع الضمان عنه وذلك یستدعی العلم به ـ وبالمنقول (١) من ضمان امیر المؤمنین علیه السلام عن میت امتنع رسول الله صلی الله علیه وآله من الصلاة علیه ـ و المنقول (٢) من ضمان ابی قتادة الدینارین عن آخر (ولکن) الاول مصادرة محضة لان

١ـ٢ـ الوسائل ـ باب ٣ـ من ابواب کتاب الضمان ـ حدیث ٢ـ٣

هذا عین المدعی ـ واما الخبران وان ذکرهما الشیخ فی محکی الخلاف الان الظاهر انهما عامیان ـ وعلی فرض صحة سندهما فهما متضمنان لقضیتین فی واقعتین ولعلهما کانا لایعرفان المضمون عنه ایضا ولذا استدل بهما الشیخ ره للقول الاول ـ وان کان الصحیح عدم دلالتهما علی شیء من الاقوال (فالاظهر) عدم اعتبار العلم بالمضمون عنه ولا المضمون له ـ نعم یعتبر ان یکون کل منهما معینا خارجیاً ـ فلا یصح الضمان عن المردد المبهم ولا له ـ لما مر ان المردد من حیث هو مردد لا حقیقة له ولا وجود .

فی اعتبار رضا المضمون له

الثانیة (ولابد من رضاء الضامن) اتفاقا (والمضمون له) کما هو المشهور بین الاصحاب اما اعتبار رضا الضامن فهو من الواضحات فان اشتغال ذمته بدین بدون رضاه مناف لقاعدة السلطنة وغیرها مما هو ثابت فی الشرع (واما) رضا المضمون له ـ فیمکن ان یستدل لاعتباره بوجوه -١- الاجماع المحکی عن التحریر وفی الجواهر ادعاء کونه من قطعیات الفقه وضروریاته -٢- ان الضمان من العقود لا الایقاعات لانه مرکب من نقل الضامن ما فی ذمة المضمون عنه الی ذمة نفسه وقبول المضمون له تبدیل ما یملکه من ما فی ذمة المضمون عنه الی ذمة الضامن فکما ان نقل ملکه الخارجی متوقف علی قبوله کذلك نقل ما فی الذمة ـ فما ـ عن الایضاح والمحقق الاردبیلی من عدم اعتبار القبول العقدی لانه التزام واعانة للمضمون عنه و توثیق للمضمون له ـ واضح الضعف ـ و علی هذا فیعتبر رضاه باعتبار انه طرف المعاملة -٣- انه لو سلم کونه من الایقاعات دون العقود لکن نفس انتقال ما یملکه المضمون له من ذمة الی ذمة مناف لقاعدة السلطنة ـ ولذا افاد العلمان اللذان قالا بانه لیس من العقود باعتبار رضاه -٤- النصوص الخاصة . کصحیح(١) عبدالله بن سنان عن الصادق (ع) فی الرجل یموت وعلیه دین فیضمنه ضامن للغرماء

١ ـ الوسائل ـ باب ٢ ـ من ابواب کتاب الضمان ـ حدیث ١

فقال (ع) اذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمة الميت - ونحوه غيره -

ونقل عن الشيخ ره قول بعدم اعتبار رضاه - محتجا بان عليا عليه السلام و اباقتادة ضمنا الدين عن الميت ولم يسال النبي صلى الله عليه وآله عن رضى المضمون له - و ربما يستدل له بموثق (١) اسحاق عن الصادق (ع) في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فقال له وليه علي دينك قال عليه السلام يبرئه ذلك وان لم يوفه وليه من بعده - وبموثق (٢) ابن الجهم عن ابي الحسن عليه السلام عن رجل مات وله على دين وخلف ولدا رجالا ونساء وصبيانا فجاء رجل منهم فقال انت في حل مما لابي عليك من حصتي و انت في حل مما لاخوتي واخواتي و انا ضامن لرضاهم عنك قال عليه السلام يكون في سعة من ذلك وحل قلت و ان لم يعطهم قال ذلك في عنقه قلت فان رجع الورثة علي فقالوا اعطنا حقنا فقال لهم ذلك في الحكم الظاهر فاما بينك وبين الله تعالى فانت في حل منها اذا كان الذي ملك يضمن لك عنهم رضاهم الحديث - وبصحيح (٣) الخثعمي عن ابي عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون عنده المال وديعة ياخذ منه بغير اذن صاحبه قال عليه السلام لا ياخذ الا ان يكون له وفاء قلت ارأيت ان وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء واشهد على نفسه الذي يضمنه ياخذ منه قال عليه السلام نعم (ولكن) يرد على الاول مضافا الى مامر من ضعف سند الخبرين المتضمنين لتينك القضيتين انهما يدلان على وقوع الضمان خارجا الذي عرفت انه مركب من الايجاب والقبول فلا محالة كان المضمون له في كل من ذينك الموردين حاضرا و راضيا بذلك - اضف الى ذلك ان كلا من الخبرين متضمن لقضية في واقعة لا يظهر لنا حالها مع الاغماض عما ذكرناه فلا يصح الاستدلال باطلاقهما - واما موثق اسحاق فهو مطلق يقيد اطلاقه بما مر - و اما موثق ابن الجهم فليس ما تضمنه من الضمان المصطلح - لانه

---

١ - الوسائل - باب ١٤ - من ابواب الدين والقرض حديث ٢

٢ - الوسائل - باب ٢ - من ابواب كتاب الضمان حديث ١

٣ - الوسائل - باب ٨ - من ابواب كتاب الوديعة حديث ١

متضمن لضمانه رضاهم عنه وان ذلك موجب لحصول البرائة ـ وحيث انه مخالف للاجماع والضرورة فيتعين تاويله وح ـ فيدور الامر بين ان يراد به الضمان المصطلح بدون رضا المضمون له ـ او ارادة ذلك مع رضاه ولكن لا بينة له على ذلك و ليس الاول اولى من الثاني ـ واما صحيح الخثعمي فهو يدل على جواز الاخذ من الوديعة اذا لم يكن له مال وقد تعهد له شخص بوفاء ذلك عنه و من الواضح خروجه عن محل الكلام و كونه محمولا على اذن المودع (فتحصل) ان الاظهر اعتبار رضاه .

نعم لا يعتبر رضا المضمون عنه كما هو المعروف بل في الجواهر الاجماع بقسميه عليه وذلك ـ للاجماع ـ ولما دل (١) على صحة الضمان عن الميت ولا يتصور رضاه ـ ولما دل على عدم اعتبار رضا المديون في اداء دينه ـ فانه يدل بالفحوى على عدم اعتباره هنا ـ وللاصل بعد عدم الدليل على اعتبار رضاه ـ ولا ينافي ذلك مع قاعدة السلطنة كما لا يخفى (و) يترتب على ذلك انه (يبرء المضمون عنه وان انكره) اذ لو لم يعتبر رضاه لم يكن لانكاره اثر ـ فما ـ عن الشيخ وجماعة من بطلانه بانكاره ضعيف (ولكن) مع ذلك كله ـ الالتزام بصحة الضمان عنه وان لم يرض فيما اذا استلزم الضمان او الوفاء عنه ضررا عليه او حرجا ـ من حيث كون تبرع هذا الشخص لوفاء دينه منافيا لشانه كما اذا تبرع وضيع دين شريف غني قادر على وفاء دينه فعلا ـ مشكل ـ بل القول بعدم الصحة قوي ـ لقاعدتي (٢) نفي الضرر والحرج ـ فالاظهر هو التفصيل .

التعليق في الضمان

ثم ان المشهور بين الاصحاب اعتبار التنجيز في الضمان فلو علقه على شرط

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٢ ـ من ابواب كتاب الضمان حديث ١

٢ ـ سورة الحج آية ٧٧ ـ الوسائل باب ٧ من ابواب احياء الموات

كان يقول اناضا من لماعليه ان اذن لى ابى ـ او اناضامن ان لم يف المديون الى زمان كذا او ان لم يف اصلا ـ بطل ـ وقد استدلوا على ذلك بما استدلوا به على اعتبار التنجيز فى العقود و الايقاعات مطلقا وذكرنا تلك الوجوه فى كتاب البيع والاجارة و الجواب عنها ويظهر مماذكرناه انه لادليل عليه سوى الاجماع وان به يقيد العمومات.

وانما الغرض من التعرض لذلك فى المقام ـ انه ربما يقال انه لايجوز تعليق الضمان ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقا (واورد عليه) سيد العروة بان تعليق الوفاء عين تعليق الضمان ولا يعقل التفكيك ثم قال نعم فى مالو قال اناضامن ان لم يف المديون الى زمان كذا يمكن ان يقال بامكان تحقق الضمان منجزا مع كون الوفاء معلقا على عدم وفاء المضمون له لانه يصدق انه ضمن الدين على نحو الضمان فى الاعيان المضمونة اذ حقيقته قضية تعليقية (و اورد) على مافاده اخيرا جمع من المحشين بانه بعد القول بعدم تعقل التفكيك بين التعليقين كيف يصير ممكنا او واقعا فى هذا المثال ـ ثم ان تصحيح الضمان فيه لايتم على اصلنا بل على قول العامة من انه ضم ذمة الى ذمة (اقول) الظاهر ان نظر السيد الى مافاده بعض الاساطين ـ قال ان الضمان فى مورد تعليق الوفاء على عدم وفاء المديون ليس بمعنى النقل الى الذمة ليرجع تعليق الوفاء عليه الى تعليق الضمان ـ بل هو بمعنى تعهد ما فى ذمة الغير على حذو تعهد العين الخارجية وعليه فالضمان فعلى واثره الانتقال الى الذمة على تقدير عدم وفاء المديون كماان اثره فى ضمان العين الخارجية ذلك على تقدير تلفها ـ وعلى هذا فلاباس بماافاده ولايبعد ان يكون الضمان بالمعنى المزبور من المرتكزات العرفية ـ

لايعتبر العلم بمقدار الدين

الثالثة ـ و قدذكر جماعة من جملة شرائط صحة الضمان شرطين آخرين

-احدهما-العلم بمقدار الدين-ومال في العروة الى التفصيل بين الضمان التبرعي فلا يعتبر والاذني فيعتبر -واستدل للاول - بمادل على نفي (١) الغرر (٢) والضرر- ولكن يرد على الاول انه لاغرر ولاخطر امافي الضمان التبرعي فواضح واما في الاذني فلانه لايرجع الى المضمون له قبل الاداء وبعد الاداء يكون مايرجع فيه معلوما فلايلزم الغرر في مورد وعلى الثاني انه ضرر يقدم عليه ومثل ذلك لايكون منفيا - فالاظهر عدم اعتبار العلم به للعمومات العامة .

وعن المختلف الاستدلال للصحة مضافاً الى الاصل (ومراده به العمومات) - بعموم قوله تعالى- (٣)«وانا به زعيم » مشير الى حمل بعير والاصل عدم تعينه - و قوله (ص) -(٤) الزعيم غارم -(٥) ومارواه عطاء عن الباقر (ع) قال قلت له جعلت فداك ان علي دينا اذاذكرته فسد علي ماانا فيه فقال سبحان الله اومابلغك ان رسول الله (ص) كان يقول في خطبته من ترك ضياعا فعلي ضياعه ومن ترك دينا فعلي دينه و من ترك مالا فاكله و كفالة رسول الله ﷺ ميتا ككفالته حيا و كفالته حيا ككفالته ميتا فقال الرجل نفست عني جعلني الله فداك -ولو لم يكن ضمان المجهول صحيحا لم يكن لهذا الضمان حكم ولااعتبار اذالباطل لااعتبار به فامتنع من الامام (ع) الحكم بان النبي ﷺ كافل (ولكن) الاية الكريمة ليست ممانحن فيه - مع- انه لم يظهر عدم معلومية حمل بعير - وقوله الزعيم غارم لم يثبت من طرقنا وفي الجواهر بل لعل الثابت منها تكذيبه-و الخبر ليس من الضمان المصطلح - وقد يستدل لها بحديث (٦) ضمان علي بن الحسين (ع)

١- الوسائل باب ٤٠ من ابواب آداب التجارة حديث ٣

٢- الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار

٣- سورة يوسف اية ٧٢

٤- المستدرك باب ١ من ابواب الضمان حديث ٢-

٥- الوسائل - باب ٩ -من ابواب الدين والقرض حديث ٥

٦- الوسائل - باب ٥- من ابواب كتاب الضمان حديث ١

لدين عبدالله بن الحسن - و حديث (١) ضمانه لدين محمد بن اسامة بدعوى انهما ظاهران بل صريحان في عدم معلومية الدين قدره و كميته وقت الضمان - ولكنهما في الضمان التبرعي - فالعمدة هي العمومات .

ثم ان ماذكرناه من صحة الضمان مع عدم العلم بمقدار الدين انما هو اذا كان له واقع معين - والا كما لو قال ضمنت شيئا من دينك فلا يصح - اذ المبهم من جميع الجهات لا تحقق له .. والظاهر ان مراد المصنف بما افاده في محكي التذكرة بان الصحة فيما اذا كان يمكن العلم به بعد ذلك كقوله انا ضامن للدين الذي لك عليه اما ما لا يمكن فيه العلم كضمنت لك شيئا مما في ذمته فلا يصح قولا واحدا انتهى هو ذلك فلا يرد عليه ماقيل من انه يصح وان لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المتيقن .

الثاني ان لا يكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذي عليه - ولم اظفر بما يمكن ان يستدل به له - الا دعوى انه اذا كان ذمته مشغولة بمثل ما للمضمون عنه يكون ذلك من الحوالة التي هي قسيم الضمان - وفيها انه لا يحيل المضمون عنه مديونه على الضامن - كي يكون حوالة - فهو داخل في الضمان ويكون صحيحا فلا يعتبر ذلك ايضا .

انتقال المال الى ذمة الضامن

الرابعة - لا خلاف (و) لا اشكال في انه اذا تحقق الضمان على الوجه المعتبر شرعا (**ينتقل المال**) من ذمة المضمون عنه (**الى**) ذمة (**الضامن**) و تبرأ ذمة المضمون عنه وعليه الاجماع في كثير من الكلمات وفي الجواهر بل لعله من ضروريات الفقه - ويشهد به مضافا الى ذلك ان حقيقة الضمان على ما مر ذلك فالمعاملة العقلائية الممضاة شرعا انما يكون بهذا النحو - ومع ذلك نصوص الباب مشاهدة به لاحظ صحيح عبدالله بن سنان وموثقي ابن عمار والحسن بن الجهم المتقدمة (٢) وغيرها فانها صريحة في ذلك و على هذا

---

١ - الوسائل - باب ٣ - من ابواب كتاب الضمان حديث ١

٢ - ص ٦٩ و ٧٠

فلايصح الاستدلال لصحة ماعن الجمهور من ضم الذمة الى الذمة مع التصريح بذلك بالعمومات العامة كما في العروة (ويترتب) على ذلك انه لو ابرأ المضمون له ذمة المضمون عنه لم يفد شيئا لان ذمته بريئة - نعم لو ابرأ ذمة الضامن برئتا جميعا اما الضامن فلانه مشغول الذمة له فتبرأ ذمته اذا ابرئه - واما المضمون عنه فلان الضامن انما يستحق الرجوع اليه بالاداء الذى قد انتفى محله بالابراء .

ثم ان الضمان لازم من طرف المضمون له والضامن فلا يجوز للضامن فسخه حتى لو كان باذن المضمون عنه وتبين اعساره لعموم ادلة لزوم العقد - وكذا لا يجوز للمضمون له فسخه والرجوع على المضمون عنه - ولكن يشترط في لزومه عليه ملائة الضامن حين الضمان بان يكون مالكا لما يوفى به الدين فاضلا عن المستثنيات في البيع للدين او علم المضمون له باعساره (و) عليه **(فان كان** الضامن **(مليا او علم المضمون له باعساره وقت الضمان صح)** والمراد بالصحة اللزوم كما ينبه عليه بقوله **(والا كان له الفسخ)** والوجه في الخيار مع اعسار الضامن وعدم علم المضمون له بذلك - بعد الاجماع - الشرط الضمني الذى عليه بناء المتعاملين من جهة ان عقد الضمان مبنى على تسهيل الامر والقصد منه استيفاء الدين من الضامن وانما يكون ذلك اذا امكن الاداء منه بايساره وهو كون الضامن موسرا - وقد حقق في محله ان الشروط الضمنية كالشروط المذكورة تخلفها موجب للخيار - فيثبت له الخيار - وبهذا البيان يظهر ثبوت الخيار له - لو تبين كونه مماطلا مع يساره سيما مع عدم امكان اجباره ولو بالرجوع الى الحاكم ولو كان موسرا ثم اعسر لايجوز له الفسخ لعدم الشرط الضمني - كما انه لو كان معسرا ثم ايسر وكان العلم بعد حصول اليسار لايجوز له الفسخ فان الشرط الضمني هو اليسار وقت الاداء لاحين العقد - فتدبر .

ضمان الحال و المؤجل

الخامسة المشهور بين الاصحاب - بل (و) لاخلاف فيه - انه **(يصح)** الضمان

(مؤجلا وان كان الدين حالا وبالعكس) وتفصيل القول فى المقام ان الصور المتصورة اثنى عشرة اذ الضمان اما حال اومؤجل - وعلى التقديرين اما عن حال اومؤجل - وعلى تقدير ضمان المؤجل مؤجلا اما ان يكون الاجل الثانى مساويا للاول - او انقص اوازيد وعلى التقادير الستة اما ان يكون الضمان تبرعا اوبسؤال المضمون عنه - وفى المسالك وكلها جائزة الا ان موضع الخلاف فيها غير محرر - ولكن محل الخلاف محرر واضح - فانهم اختلفوا فى موارد .

١ - فى ضمان المؤجل حالا اوانقص من اجله فان المحكى عن الفخر والكركى عدم جوازه (و استدل له) بانه ضمان مالم يجب - وبان الفرع لايرجح على الاصل وبان مشروعية الضمان على نقل الدين على ماهو عليه (ولكن) الاول مندفع بان المضمون هو الدين نفسه وهو ثابت والاجل انما هو من التوابع والحقوق فمع الرضا باسقاطه من الطرفين يسقط والثانى بانه قاعدة كلية لم يدل دليل عليها - مع - انه فى الاصل ايضا اذا تراضيا واوقعا العقد عليه يصح - والثالث - اولا بالنقض بضمان الحال مؤجلا وثانيا - بان الضمان حقيقة نقل الدين - اما اعتبار رعاية وصفه من التاجيل و التعجيل فلادليل عليه والاطلاقات تشهد بعدم اعتباره .

٢ - فى اعتبار الاجل فى الضمان على نحو اعتباره فى السلم - حكى ذلك عن المقنعة والنهاية و الغنية (واستدل)له بالاجماع الذى ادعاه السيد ابن زهرة (ولكن) المعروف من الاكثر عدم اعتباره قال الحلى وقد يوجد فى بعض الكتب لاصحابنا ولا يصح ضمان مال ولا نفس الا باجل والمراد بذلك اذا اتفقا على التاخير والاجل فلابد من ذلك ولايصح الا باجل محروس فاما اذا اتفقا على التعجيل فيصح الضمان من دون اجل وكذا اذا اطلقا العقد والى هذا القول ذهب شيخنا فى مبسوطه وهو حق اليقين لانه لايمنع منه مانع ومن ادعى خلافه يحتاج الى دليل ولم نجده انتهى ومقتضى هذا الكلام اتفاقهم على عدم اعتبار الاجل فيه بهذا المعنى - فالاظهر عدم اعتباره .

٣ - فى ضمان الحال حالا - والمؤجل بمثله اجلا - فعن المختلف الاشكال فيه

نظرا الى ان الضمان مبنى على الارفاق ولا ارفاق فى هذين الموردين (وفيه) عدم انحصار فائدته بالارفاق ـ مع ان كون الارفاق معتبرا على وجه يقتضى البطلان بدونه يحتاج الى دليل ولم نجده . والاطلاقات تدفعه .

ثم انه بقى الكلام فى امور (الاول) لوضمن المؤجل حالا ـ اوا نقص باذن المضمون عنه كك اومطلقا ـ فهل يكون الدين على المضمون عنه كك كما عن التنقيح اوانه لارجوع للضامن عليه وان ادى الابعد انقضاء الاجل الاصلى للدين كما عن المختلف وظاهر التحرير والتذكرة والشهيد الثانى او يفصل بين الاطلاق و التصريح فيحل اجله بالثانى دون الاول كما عن بعض المتأخرين وقواه فى الجواهر (وجه) الاول ـ ان الضمان فى حكم الاداء ومتى اذن المديون لغيره فى قضاء دينه معجلا فقضاه استحق مطالبته ـ وان الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الاذن واما مع الاطلاق فلتنا وله التعجيل الذى قدعرفت اقتضائه ذلك (ووجه) الثانى ان حلول الاجل يتوقف على سبب والاذن فى الضمان حالا فضلا عن الاطلاق يقتضى الحلول بالنسبة الى ذمة الضامن واما بالنسبة الى ذمة المضمون عنه فهو اعم من ذلك فلا يكون مقتضيا له (ووجه) الثالث ان ماذكر وجها للثانى يتم مع الاطلاق و اما مع التصريح بالتعجيل ـ فهو يقتضى الحلول (والاظهر) هو الثانى فان التصريح بالتعجيل اذن فى اداء الدين معجلا ـ لافى استحقاق الدائن ذلك حتى يكون مقتضيا للتعجيل ـ واما ماذكر فى وجه الاول فيرد الاول منهما ان كون الضمان فى حكم الاداء لايقتضى ذلك اذ اداء الدين المؤجل لايغير اجل الدين ولايصير سببا لصيرورته حالا ـ ويرد الثانى منهما انه مصادرة محضة ـ مع انه لوتم لاقتضى القول الثالث ـ فالمتحصل اقوائية الثانى .

الثانى لوضمن الدين الحال مؤجلا فهل الاجل للدين اوالضمان وتظهر الثمرة لوادى الضامن قبل الاجل فانه لايستحق الرجوع على الاول ـ بخلاف الثانى ـ والظاهر هو الاول فانه اذارضى المضمون له بتاخير الاداء فهو مؤجل للدين وبعبارة اخرى ان الدين الحال انما هو مافى ذمة المضمون عنه وقد انتقل عن ذمته وبرأت ذمته منه

وثبت فی ذمة الضامن مؤجلا ـ نعم الضمان واسطة فی ثبوت الاجل للدین .

الثالث لو کان حالا فضمنه مؤجلا سقطت مطالبة المضمون عنه ولم يطالب الضامن الابعد الاجل اجماعا. فلومات الضامن حل واخذ من ترکته ورجع الورثة على المضمون عنه کما لایخفی .

رجوع الضامن على المضمون عنه

السادسة (ویرجع الضامن على المضمون عنه بما اداه ان ضمن بسؤاله والافلا) بلاخلاف فی ذلك فی الجملة ـ ونخبة القول فی المقام انه ـ تارة یکون الضمان باذن المضمون عنه ـ واخری یکون بغیر اذنه ـ وعلى التقدیرین تارة یکون الاداء باذنه ـ واخری یکون بغیر اذنه ـ ولو کان الضمان باذنه قد یکون مع التصریح بالمجانیة ـ وقد یکون بدونه ولو کان الضمان بغیر اذنه والاداء معه ـ فقد یصرح بالرجوع الیه ـ وقد لایصرح بذلك .

فان کان الضمان باذنه لامجانا یرجع الضامن الى المضمون عنه اذن فی الاداء اولم یاذن ـ وذلك لانه وان کان عقد الضمان لااقتضاء بالنسبة الیه ـ ولیس هناك یدولا اتلاف ـ الاانه قدمر فی کتاب الاجارة ان الامر بالعمل اوالاذن فیه ـ واستیفاء المال اوالعمل لامجانا من اسباب الضمان وعلیه فلو اذن فی الضمان یکون ضامنا لما یؤدیه الضامن.

وان کان الضمان بغیر اذنه ـ اومع الاذن به مجانا ـ فان کان الاداء بغیر اذنه لااشکال فی انه لایرجع الیه لعدم الموجب للضمان فان قیل ان مال المسلم وعمله محترمان لایذهبان هدرا ـ قلنا ـ قدمر فی کتاب الغصب ان قاعدة الاحترام لیست من القواعد المضمنة. فان قیل ان خبر (١) الحسین بن خالد قلت لابی الحسن (ع) قول الناس الضامن غارم قال فقال (ع) لیس على الضامن غرم الغرم على من اکل المال ـ باطلاقه یدل على الضمان ـ قلنا ان اتفاق الاصحاب على عدم

١ ـ الوسائل ـ باب ١ ـ من ابواب کتاب الضمان حدیث ١

الضمان مع عدم الاذن فى الضمان ولا فى الاداء يوجب تقييد اطلاقه فيحمل على صورة الاذن.

واما ان كان الضمان بدون الاذن والاداء معه فان لم يصرح بالرجوع اليه فلا كلام يعتد به فى عدم الضمان ايضا - انما البحث فيما لو قال ادما ضمنت وارجع به على (فقد يقال) انه لايكون ضامنا بالاداء لان مرجع القول المزبور الى الوعد الذى لايجب الوفاء به - ولان الضامن لما اشتغلت ذمته بالضمان وبرأت ذمة المضمون عنه فالاداء واجب عليه ونفعه عائد اليه فالامر بالاداء لايوجب الضمان لكونه امرا باداء ما على المؤدى نفسه والعائد نفعه اليه وهذا لايصلح لجعل عوض بازائه فقوله - وارجع به على لايكون مضمنا (ولكن) يتوجه على الاول ان الوعد ان كان امرا بالعمل واستيفاء للمال يوجب الضمان لا بما انه وعد - بل للكبرى الكلية المتقدمة المشار اليها آنفا - وعلى الثانى ان جعل العوض بازاء ما يعود نفعه الى الغير لا اشكال فيه وليست حقيقة المعاوضة مقتضية لدخول العوض فى كيس من خرج المعوض عن كيسه - ولذا - لو اباح المالك ماله لزيد بازاء عوض فى مال بكر كان ذلك اباحة معوضة صحيحة والمقام من هذا القبيل - فالمتحصل مما ذكرناه انه يرجع الضامن الى المضمون عنه لو كان الضمان باذنه لا مجانا مطلقا - وما لو كان الضمان لا باذنه - والاداء باذنه بشرط التصريح بالرجوع اليه.

ثم انه يترتب على ما ذكرناه امران - احدهما - انه ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه فيما له ذلك - الا بعد اداء مال الضمان كما هو المشهور بين الاصحاب ثانيهما - انه يرجع اليه بمقدار ما ادى - لان ذمة الضامن وان اشتغلت حين الضمان - الا - ان ذمة المضمون عنه لا تشتغل الا بعد الاداء وبمقداره - وللنصوص الخاصة - لاحظ - خبر(١) عمر بن يزيد عن ابى عبدالله (ع) عن رجل ضمن عن رجل ضمانا ثم صالح عليه قال(ع) ليس له الا الذى صالح عليه و نحوه غيره - فان المستفاد من هذه النصوص ان ليس للضامن الا ما خسر - وعلى هذا فان ابرء المضمون له ذمة الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع الى المضمون عنه اصلا - ولو وهبه ما فى ذمته فهل هو كالابراء ام لا - وجهان

١- الوسائل - باب ٦ - من ابواب كتاب الضمان - حديث ١

اظهرهما الثاني بناء على صحة هبةمافى الذمةوعدم رجوعها الى الابراء ولايخفى وجهه ولو امر الضامن المضمون عنه باداء الدين فاداه فالمضمون عنه يصير ذمته مشغولة للضامن بالاداء كمامر والضامن يشتغل ذمته للمضمون عنه بامره اياه بالاداء بل به- فيتها تران .و اشكال صاحب الجواهر ره فى اشتغال ذمة الضامن بالقول المذكور فى غير محله .كما **يظهر** مما اسلفناه .

السابعة (**ولايشترط العلم بمقدار المضمون به**) كما عرفت عند ذكر شرائط صحة الضمان مفصلا (**و**) على هذا فان ضمن ما على المضمون عنه مع الجهل به يجب على الضامن اداء ماثبت كونه عليه فلا (**يلزمه**) الا (**ماتقوم به البينة خاصة**) من انه كان لازما للمضمون عنه وقت الضمان لامايتجدد لعدم تعلق الضمان به ولايكفى اقرار المضمون عنه لان اقراره على نفسه جائز دون الضامن - ولايحلف المضمون له لورد اليمين من المضمون عنه لان النزاع و الخصومة ح بين الضامن والمضمون له فرد اليمين من المضمون عنه لااثر له (نعم) لو كان رد الحلف من الضامن يثبت عليه ماحلف عليه. وبما ذكرناه يظهر مافى الاقوال الاخر (منها)ماعن ابي الصلاح وابن زهرة من لزوم مااقربه الغريم ايضا (و منها) لزوم ما يحلف عليه المضمون له من غير تقييد كماعن المفيد (و منها)تقييده برضاء الضامن و هو قول الشيخ .

ضمان الاعيان

الموضع الثاني فى المضمون - قالوا (**ولابد فى الحق**) المضمون (**من الثبوت سواء كان لازما**) كالبيع بعد القبض و انقضاء الخيار (**او آئلا اليه**) كمال الجعالة قبل فعل ماشرط عليه من العمل وكمال السبق و الرماية - و الثمن فى مدة الخيار(وملخص) القول فى المقام بنحو يظهر ما هو المختار ومايرد على القوم ان القدر المسلم المتفق عليه بينهم هو ضمان مافى الذمة اى ضمان شخص لما هو ثابت فى ذمة آخر - واما ضمان الاعيان المضمونة كمالو غصب شخص مال آخر فيضمن

بشخص آخر عين ذلك المال - وضمان الاعيان غير المضمونة كالامانة كما لو ضمن شخص الامانة التى عند الشخص الآخر فقد وقع الخلاف فيهما بين الفقهاء وهناك قسم آخر لم يتعرض له الفقهاء وهو ضمان الاعيان التى تكون عند اصحابها كاموال الناس فى متاجرهم وحكم هذا القسم حكم القسمين الاخيرين (و محصل) ما ذكروه فى وجه بطلان الضمان فى القسمين الأخيرين - واختصاصه بما فى الذمم وجوه - وان اختص بعض الوجوه بالاول وبعضها بالثانى (الوجه الاول) انه لا دليل على العموم و اخبار باب الضمان كلها واردة فى ضمان ما فى الذمة وواردة لبيان احكام اخر و ليس فى شىء منها ماله اطلاق او عموم يمكن ان يتمسك به لمشروعية الضمان بقول مطلق - ومايروى (١) عن النبى ﷺ من ان الزعيم غارم قد عرفت انه ليس من اخبارنا بل يظهر من بعض الاخبار عدم ثبوته (و فيه) ان ادلة الضمان الانشائى المختصة به و ان كان لا اطلاق له يتمسك به الا ان مادل على نفوذ كل عقد و معاملة عقلائية - كاية (٢) تجارة عن تراض - و قوله تعالى (٣) اوفوا بالعقود و غيرهما له اطلاق يشمل هذه الاقسام من الضمان باجمعها (الثانى) و هو مختص بالقسم الاول وهو ان المضمون عنه كالغاصب ايضا مكلف برد العين فلو قلنا بمشروعية هذا الضمان كان من قبيل ضم ذمة الى ذمة مع ان مذهبنا كون الضمان موجبا للانتقال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن (و فيه) ان الضمان المصطلح فى ضمان مافي الذمة هو الانتقال و هذا لايوجب المنع من الضمان بالمعني الاخر فى المقام الثابت بالعمومات فتامل (مع) انه لامانع من الالتزام في المقام ايضا بالانتقال فيكون بقاء المال بيد الغاصب ح امانة غاية الامر يجب رده فورا الى المالك ولولم

---

١ - المستدرك باب ١ - من ابواب الضمان حديث ٢ .

٢ - سورة النساء آية ٢٩ .

٣ - سورة المائدة آية ٢

يقصر في الرد عليه و تلف في اثناء ذلك يكون ضمانه علي الضامن دون الغاصب ولو قصر يكون يده بقاء يد ضمان فيكون ضامنا من جديد (و بما ذكرناه) يظهر الجواب عن الثالث و هو ان الضمان نقل الحق من ذمة الي اخرى فلا ينطبق على الضمان بمعنى كون العين فى العهدة (الـرابع) ان ضمان الاعيان كان المراد به نقلها عن عهدة ذى اليد الى عهدته او ضمها اليها يحتمل كونه من الاحكام الشرعية لامن الامور التى بيد الناس وضعاورفعاومع هذا الاحتمال لاوجه للتمسك بالعمومات (و فيه) ان المراجعة الى المرتكزات العقلائية تدفع هذا الاحتمال فـان العهدة و الذمة من باب واحد فكما ان مافى الذمة قابل للنقل و للضم ـ و كك مافى العهدة من الاعيان (الخامس) انه من ضمان مالم يجب فان الملتزم به مثلها او قيمتها فى صورة التلف وقد اشتهر فى الالسن عـدم صحته (و فيـه) ان الالتزام بكون العين فى العهدة ليس من ضمان مالم يجب ـ مع ـ ان ضمان مالم يجب انما يكون باطلا اذا كان المنشأ هو اشتغال الذمة بالبدل فـلا ـ و اما اذا كان المنشأ هو الاشتغال به بعد التلف فلا محذور فيه وتمام الكلام فى محله (السادس) ان من اركان الضمان المضمون عنه وهو المدين و هو مفقود فى الضمان فى الامانة بل و فى ضمان العين المغصوبة لانه ضمان ابتدائى لاعن الغاصب (و فيه) انه لايعتبر فى الضمان وجود المضمون عنه ـ بل اركانه ثلاثـة ـ الضامـن ـ و المضمون له ـ و المضمـون (فالمتحصل) ان مقتضى العمومات جواز الضمان بجميع اقسامه حتى ضمان العين التى بيد صاحبها وليس هناك مايمنع عنه فالاظهر هو الجواز.

ثم ان ضمان ماعند صاحبه يتصور على وجهين ـ احدهما الضمان بلا عوض ـ ثانيهما الضمان مع العوض كـان يقول الضامن لصاحب المال اضمـن لك العين سنة على ان تعطينى عوضا عن ذلك عشرة تـوامين عن كل شهر و الاظهـر صحته بكلا قسميه .

و يترتب علي ذلك صحة عقد التامين ـ فانه من قبيل ضمان الاعيان غير المضمونة

اذ المؤمن يضمن اي يتعهد ويدخل الشيء في عهدته وحيازته في عملية التامين سواء كان ذلك من الاعيان الخارجية - او النفوس الحرة او المملوكة غاية الامر ليس ضمانا مجانيا بل بعوض معين يشترط على المؤمن له ان يدفعه دفعة او اقساطا - و قد اشبعنا الكلام في ذلك في الجزء الاول من كتابنا المسائل المستحدثة .

الضمان المستحدث

ثم انه قد تعارف في هذا الزمان نوع من الضمان - وهو التعهد بدفع مبلغ الى من تعهد لثالث بعمل اذا تخلف عنه - وقد يعبر عنه بالكفالة (توضيحه) انه قد يتعهد شخص لاخر بناء دار مع خصوصيات تذكر في شهرين مثلا - و يتفق الطرفان على ان يتعهد ثالث بدفع مبلغ معين لو تخلف المتعهد الاول عما تعهده - وذلك الشخص الثالث يقبل ذلك وياخذ عمولة بازاء تعهده ولنعبر عن المتعهد الثاني بالضامن - وهذا الضمان ليس من الضمان المصطلح - وكيف كان فالكلام فيه يقع في موارد - الاول في الدليل على مشروعية هذا الضمان - والدليل عليها انه وان لم يكن داخلا تحت عناوين العقود الا انه قد عرفت ان مقتضى العمومات امضاء كل معاملة عقلائية وكل تجارة عن تراض مالم تكن مادلت الادلة على فساده وعليه فبما ان هذا الضمان عقد عقلائي وتجارة عن تراض - وله اركان ثلاثة - الضامن - والمضمون عنه وهو المتعهد - والمضمون له وهو المتعهد له وكل منهم يستفيد من هذه المعاملة - اما الضامن فباخذه العمولة - واما المضمون له فلضمان حقه - واما المضمون عنه فواضح فيشمله دليل التجارة عن تراض وغيره ويترتب عليه انه يجوز للضامن اخذ العمولة .

وبه يظهر الحال في المورد الثاني وهو وجه اخذ المضمون له المبلغ الذي تعهده الضامن لو تاخر المضمون عنه عن القيام بما توافق عليه مع المضمون له .

المورد الثالث في وجه رجوع الضامن على المضمون عنه فيما دفعه عنه - ويمكن

ان يذكر له وجهان -١- تنزيل ذلك على الشرط الضمني- بتقريب ان المتعاملين بنائهم على ذلك وبما ان هذا البناء ارتكازى فهو بحكم الذكر فى ضمن العقد فيرجع اليه بحكم الشرط -٢- ان من اسباب الضمان الامر المعاملى على ماحقق فى محله وفى المقام بما ان ضمان الضامن انما يكون بامر ولو ضمنى من المضمون عنه فهو ضامن لما يخسره الضامن و يدفعه بمقتضى العقد الى المضمون له (ثم ان) الاصحاب فى ابتداء عنوان المسألة يصرحون بانه يعتبر ان يكون المضمون ثابتا فى الذمة و يختلفون فى انه هل يشمل ذلك العمل فى الذمة - او المنفعة فيها - وانه هل يختص ذلك بالثبوت اللزومى ام يعم غيره كالثمن فى زمان الخيار - وفى اواخر المسألة يذهب جماعة منهم الى صحة ضمان الاعيان المضمونة - ولم يتعرض احد للجمع بين هذين الكلامين المتهافتين .

ضمان العهدة

ثم ان الظاهر عدم الخلاف بين الاصحاب فى جواز ضمان العهدة وهو ان يضمن عهدة الثمن ودركه للمشترى اذا ظهر كون المبيع مستحقا للغير اوظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحته مطلقا كما عن جماعة- او اذا كان ذلك بعد قبض الثمن كما عن الاخرين (وحيث) انه من قبيل ضمان الاعيان فقد اشكل الامر على جماعة فلم يروا بدا من التمسك لصحة خصوص ذلك واستثنائه من ضمان الاعيان - بما افاده المصنف ره فى محكى التذكرة قال وهذا الضمان عندنا صحيح ان كان البايع قد قبض الثمن الى ان قال - لاطباق الناس عليه فى جميع الاعصار ولان الحاجة تمس الى معاملة من لا يعرف ولا يوثق بيده وملكه ويخاف عدم الظفر به لو خرج مستحقا للغير (ولكن) الاجماع موهون بقلة تعرض الفقهاء له - و الحاجة وان مست الى معامله من لا يعرف - الا ان المعاملة معه صحيحة بمقتضى اليد وانكشاف استحقاق الغير ليس بتلك الكثرة الموجبة لاستفادة جعل الشارع هذا الحكم - ولكن فى فسحة من ذلك لما عرفت من صحة ضمان

الاعيان بل بناء على مامر يصح ضمان درك الثمن للمشترى اذا حصل الفسخ بالخيار او التقايل - او تلف المبيع قبل القبض - وان كان المشهور بين الاصحاب عدم صحة هذا الضمان لعدم ثبوت الحق وقت الضمان فيكون من ضمان مالم يجب وقدمر مافيه (نعم) اختلفوا فى الفسخ بالعيب السابق او اللاحق فى انه هل يدخل فى العهدة ويصح الضمان اولا - فالمشهور بينهم هو الثانى وقد ظهر مما ذكرناه ان الاظهر هو الاول - فعلى ما افادوه (و) بنوا عليه - من صحة ضمان درك الثمن فيما اذا ظهر المبيع مستحقا للغير او كان العقد باطلا - دون مالو فسخ بخيار قالوا (**لو ضمن عهدة الثمن لزمه مع بطلان العقد لا بتجدد فسخه**) وهو على مبناهم متين ولا يتم على ماقويناه - ومما ذكرناه يظهر حال كثير من الفروع فلا حاجة الى ذكرها .

الحوالة

(**واما الحوالة**) فهى احالة المديون دائنه الى غيره - او احالة المديون مافى ذمته الى ذمة غيره و على هذا فلا ينتقض بالضمان لانه لا احالة فيه - واما على ما افاده المشهور من انها تحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله - فينتقض طرده بالضمان - مع - ان اعتبار شغل الذمة ينافى مايصرح به جماعة منهم من صحة الحوالة على البرىء - و كيف كان (ف) المشهور بين الاصحاب انه (**يشترط فيها رضا الثلاثة**) اى المحيل - والمحتال - والمحال عليه - بل عن الاردبيلى انه لم يظهر فيه خلاف وعن التذكرة نسبته الى اصحابنا - وعن المختلف الى علمائنا - وعن الشيخ الاجماع عليه - وفى الجواهر بالنسبة الى الاولين قال بل الاجماع بقسميه عليه بل المحكى منهما مستفيض اومتواتر .

اقول اما رضا المحيل فيشهد لاعتباره ان المديون ومن عليه الحق مخير فى جهات القضاء فلا يتعين عليه بعض الجهات قهرا فلو اكره على ان يحيل فاحال بالاكراه لم يقع الحوالة - وفى المسالك تبعا للتذكرة قال ويستثنى من اعتبار رضا المحيل مالو تبرع

المحال علیه بالوفاء فانه لایعتبر رضا المحیل قطعا لانه وفاء دینه وضمانه بغیر اذنه والعبارة عنه ح ان یقول المحال علیه احلت بالدین الذی لک علی فلان علی نفسی فیقبل فیشترط هنا رضا المحتال و المحال علیه انتهی ویرده انما فرضه لیس من الحوالة بل هو من قبیل الضمان ـ وقد مرعدم اعتبار رضا المضمون عنه الافی بعض الفروض النادرة وبه یظهر مافی مناقشة صاحب الجواهر ره فی صحة ذلک بالاجماع علـی اعتبار رضا المحیل و بعدم الاطلاق لدلیل صحة الحوالة بنحو یشمل الفرض .

واما المحتال فالوجه فی اعتبار رضاه ان حقه ثابت فی ذمة المحیل و انتقال ذلک الی ذمة المحال علیه بدون رضاه مناف لعدم جواز التصرف فی مال الغیر بلا رضا صاحبه و لقاعدة السلطنة .

واما المحال علیه ـ فالمشهور بینهم اعتبار رضاه ـ وعن جماعة عدم اعتبار رضاه قیل وهو ظاهر المقنعة والنهایة ـ وعن المختلف المیل الیه ـ بل هو خیرة المقتصر والتنقیح و ایضاح النافع و المسالک و الروضة ـ وعن بعضهم التفصیل بین ان یحوله بغیر جنس ماعلیه فیعتبر رضاه وبین مالو حوله بمثل ماعلیه فلا یعتبر ـ وعن بعض التفصیل فی مالو کانت الحوالة بمثل ماعلیه بین ان یحوله علیه بماله علیه ـ وبین ان یحوله علیه من غیر نظر الی الحق الذی له علیه علی نحو الحوالة علی البریء فیعتبر فی الثانی دون الاول (اقول) ان کانت الحوالة علی البریء فلا اشکال فی اعتبار رضاه وهذا من الـوضوح بمکان قال فی المسالک بعد بنائه علـی عدم اعتبار رضاه ـ یستثنی من القول بعدم اعتبار رضاه مالـو کان بریئا من حق المحیل فان رضاه معتبر اجماعا ـ و ان کانت الحوالة علی مشغول الذمة بغیر جنس ماعلیه ـ فالظاهر اعتبار رضـاه اذ ذلک ح بمنزلة المعاوضة الجدیدة فیعتبر رضا المتعاقدین وان کانت الحوالة علی مشغول الذمة بمثل ماعلیه ـ فقد (استدل) لاعتبار رضاه ـ بان الاجماع واقع علی صحة الحوالة مع رضا المحال علیه ولادلیل علی صحتها من غیر رضاه ـ وبان اثبات المال فی ذمة الغیر مع اختلاف الغرماء فی شدة

الاقتضاء وسهولته تابع لرضاه - وباستصحاب بقاء المال في ذمة المحال عليه للمحيل (ولكن) يتوجه على الاول ان مدرك صحة الحوالة لو كان منحصرا في الاجماع كان ما افيد تاما - وحيث ان ادلة اخرى من العمومات وخصوص اطلاق مادل علي الحوالة تدل عليها - ومعها لاوجه للاخذ بالمتيقن فلايتم -و على الثاني انه لايثبت المال في ذمة الغير بل يتصرف فيما يملكه وينقله الى غيره ففي الحقيقة يكون التبديل بين المالكين و ليس هناك تصرف في مال الغير -وعلى الثالث انه لايرجع الى الاستصحاب مع الدليل.

وقد يستدل على عدم اعتبار رضاه مطلقا - بان المحتال يقام مقام المحيل في القبض بالحوالة فلاوجه لاحتياجه الى رضا من عليه الحق كما لو وكله في القبض منه او باع دينه على غيره (واورد عليه) بان ما في الذمة ليس من قبيل العين الخارجية لايتغير بتغير طرف الاضافة والاعتبار بل هو متخصص بطرفيه فلامحالة بالحوالة يتبدل شخص ما في الذمة الى شخص آخر في ذمته مضاف الى المحتال ومن الواضح ان تبدل ما في ذمة الانسان متوقف على رضاه ولاوجه لقياس ذلك بالتوكيل في القبض الذى ليس فيه تصرف فيما في الذمة (وفيه) ان الامر بالدقة العقلية كما افيد -الا انه بنظر العرف لايعد ذلك تصرفا في ذمة الغير بل اهل العرف يرون ان ما كان يملكه في ذمته ملكه لاخر فكان شخص ما في الذمة تبدل طرف اضافته -فلو قايسنا الملكية بالخيط الذى احد طرفيها مشدود بالمالك - والاخر بالمملوك - يكون التمليك بالغير حقيقته عندهم حل ذلك الخيط من مالك وشده بمالك آخر من دون ان يتصرف في المملوك من غير فرق بين العين والدين - وعلى الجملة - المحيل عند العرف لايتصرف الا في ملكه فله ذلك - وان شئت قلت ان الانسان اذا ملك في ذمة الغير كان من آثار الملكية ولوازمها التصرف فيه كيف ماشاء بالاخذ -او بالتوكيل فيه - او بنقله الى الغير ببيع اوغيره -او بالابراء وكل واحد من تلكم من التصرفات التى جوازها من آثار كونه مالكا له فلا اشكال في عدم اعتبار رضا المحال عليه ولكن مع ذلك كله في النفس شيئا سيما بعد فتوى الاكثر باعتبار رضاه فرعايته احوط .

الحوالة من العقود

ثمانه وقع الخلاف فيان الحوالة من الايقاعات اوالعقود ـ و على الثانى فهل هومركب منايجاب من المحيل وقبول من المحتال ـ اومركب منايجاب وقبولين و القبول الثانى من المحال عليه ظاهر المتن حيث قال (**ولايجب قبولها**) هوالاول ـ و انكان من الجائز انيكون مراده بذلك انهلايجب قبول الحوالة على المحال عليهلاعتبار رضاه ـ وكيف كان فقد ذهب الى كلمن الاقوال جماعة (والحق) انيقال انه لاينبغي التوقف فياعتبار القبول من المحتال ،فان المحيل انماينقل مال الغير منذمة الى ذمة اخرى بلاسلطنة منه عليهمافلايصح بدون قبوله كنقل مالهالخارجى ـ ولاوجه لقياسه بالوفاء بل دعوى انه نوع من الوفاء بعد ثبوت الفرق الواضح بينهما حيث انه فيالوفاء ليس نقل وانتقال وفيالحوالة انتقال الدين منذمة اليذمة اخرى (وبذلك) يظهراندفاع ماقيل فى وجه كونه ايقاعا (واما) اعتبار القبول منالمحال عليه فقد ظهر مماذكرناه فيوجه اعتبار رضاهمايمكن انيستدل بهله والجواب عنه .

ثمانه يعتبر فيالايجاب والقبول والمحيل و المحال والمحال عليه ـ ماتقدم فيكتاب الضمان منمايعتبر فيعقده وفيالضامن والمضمونله والمضمونعنه(كما) انالكلام فيانه هل يتوقف صحة الحوالة علىانيكون المال المحال بهثابتا فى ذمة المحيل مستقرا اومتزلزلا فلاتصح فيغير المستقر سواءوجد سببه كمال الجعالة قبل العمل اولميوجد سببه كالحوالةبما يستقرضه كما هوالمشهوربين الاصحاب ـ اميكفى ثبوت سببهوانلميكن هوثابتا ـ املايعتبرذلك ايضا فيصح الحوالة بمايستقرضهعلى نحوكونالحوالة بعدالقرض ـ هوالكلام فياعتبار ذلك وعدمهفى الضمان .

وهليعتبر فى الحوالةكون المال المحال بهمعلوماجنساوقدراللمحيلوالمحتال فلاتصحالحوالةبالمجهول كماهوالمشهور ـ املايعتبرذلك ـ وجهان تقدمافى الضمان ـ ومنماذكرناه هناك تعرف عدماعتبارههنا .

ثم انه قد يقال باعتبار تساوی المالين - ای المحال به وماعلى المحال عليه جنسا ونوعا ووصفا فی صحة الحوالة - ونخبة القول فی المقام - ان محل الكلام ليس مالو احال المديون دائنه الی من عليه غير ماهو له بما عليه كما لو احال من له عليه الدراهم الی من عليه الدنانير بان يدفع اليه الدنانير من باب الوفاء بغير الجنس - فان الظاهر انه لا كلام فی الصحة فی ذلك وعدم اعتبار التساوی - كما يظهر من استدلالهم له بل الدين وان كان ح غير ماعلی المحال عليه الا ان المحال به مساوله - بل الكلام فيما لو احاله عليه بما فی ذمته وهو الدراهم فی المثال (وقد استدل) لعدم صحتها واعتبار التساوی - بان المحيل لا يكون مسلطا علی المحال عليه بما لم يشتغل ذمته به اذ لا يجب عليه الا دفع مثل ماعليه - وبان الحكم علی خلاف القاعدة فيقتصر فيه علی موضع اليقين (ولكن) الاول مردود بانه وان لم يكن مسلطا عليه الا انه اذا رضى المحال عليه بذلك يرتفع المحذور ويكون من قبيل وفاء الدين بغير الجنس مع التراضی - والثانی يرد باطلاق الادلة وعمومها .

الحوالة لازمة

ثم ان تمام الكلام فی هذا الباب فی ضمن مسائل الاولی (و معه) ای مع تحقق عقد الحوالة بشرائطه (يلزم) لما مر فی الضمان من ان الادلة العامة تدل علی لزومها **(وينتقل المال الی ذمة المحال عليه)** كماهو مقتضى الحوالة **(ان كان مليا اوعلم باعساره والا فله الفسخ)** علی حذو ماتقدم فی الضمان لاتحاد المدرك لجميع ذلك فی الموردين ومع ذلك تشهد بها نصوص لاحظ - خبر(١) ابی ايوب عن ابی عبدالله (ع) عن الرجل يحيل الرجل بالمال ايرجع عليه قال(ع) لايرجع عليه ابدا الا ان يكون قد افلس قبل ذلك - وخبر(٢) عقبة عن ابی الحسين (ع) عن الرجل يحيل الرجل بالمال علی الصير فی ثم يتغير حال الصير فی ايرجع علی صاحبه اذا احتال ورضی قال(ع) لا : وخبر(٣) منصور بن حازم عن الصادق (ع) عن الرجل يحيل علی الرجل بالدراهم ايرجع عليه قال(ع) لا يرجع

١-٢-٣- الوسائل - باب ١١ - من ابواب كتاب الضمان حديث ١-٢-٣

عليه ابدا الاان يكون قدافلس قبل ذلك .

ولكن المحكى عن ابى على والشيخ فى النهاية وابى الصلاح والقاضى وظاهر المقنعه - انه يعتبر فى برائة ذمة المحيل الابراء زيادة على الحوالة واستدل له بصحيح(١) زرارة عن احدهما (ع) فى الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل آخر فيقول له الذى احتال برئت من مالى عليك قال (ع) اذا ابرأه فليس له ان يرجع عليه وان لم يبرأه فله ان يرجع على الذى احاله. وللقوم تاويلات للخبر - احسنها مافى المسالك اختياره - وهو ان الابراء فى الخبر كناية عن قبول المحتال الحوالة فمعنى قوله برئت من مالى عليك انى رضيت بالحوالة الموجبة للتحويل فبرئت انت فكنى عن الملزوم باللازم - وهكذا القول فى قوله (ع) ولو لم يبرأه فله ان يرجع لان العقد بدون قبوله ورضاه غير لازم فله ان يرجع فيه - وان لم يتم ذلك ولاغيره من التاويلات كحمله على ما اذا ظهر اعسار المحال عليه حال الحوالة مع جهل المحتال بحاله - او على ما اذا شرط المحيل البرائة - وقع التعارض بينه وبين النصوص المتقدمة والنسبة عموم من وجه لاختصاصها بغير صورة الافلاس - واختصاص هذا الخبر بما اذا لم يبرأه - ومورد التعارض هو مالو لم يبرأه ولم يظهر الافلاس - والترجيح لها للشهرة التى هى اول المرجحات .

الثانية يصح الحوالة على البرىء كما هو المشهور بل الظاهر عدم الخلاف فيه الاعن الشيخ فى آخر الباب - وربما ينسب الخلاف الى القاضى وابى حمزة ولم يثبت. بل عن الشيخ فى اول الباب موافقة المشهور - ولذا حكى عن السرائر الاجماع عليه - ويشهد به اطلاق النصوص المتقدمة وعموم ادلة الامضاء العامة وربما يبنى الخلاف على القول بانها استيفاء او اعتياض فعلى الاول يجوز وعلى الثانى لايجوز - ويرده ان الحوالة معاملة مستقلة وان لحقها حكم الوفاء تارة وحكم الاعتياض اخرى. ثم انه مما ذكرناه فى تعريفها وتعريف الضمان يظهر ان ذلك حوالة لاضمان (فما) فى الشرايع من ان ذلك بالضمان اشبه - وعن الكاشانى الاظهر انها ضمان - فى غير محله .

١- الوسائل باب ١١ من ابواب الضمان حديث٢

الثالثة (ولو) احال ثم (طالب المحال عليه بما اداه فادعى المحيل ثبوته في ذمته) وانكره المحال عليه (ف) على المختار من صحة الحوالة على البرىء لا اشكال في ان (القول قول المحال عليه مع يمينه) لاصالة البرائة فهو منكر يقدم قوله مع اليمين واما على القول الاخر (فعن) المسالك وجامع المقاصد و مجمع البرهان تقديم قول المحال عليه - لان اصل البرائة عن الدين - يعارض مع اصالة الصحة المقتضية لكون قول المحيل موافقا للاصل وهو منكرا فيبقى مع المحال عليه اداء دين المحيل باذنه فيرجع عليه (وفيه) اولا ان اصل الصحة مع اعتراف المحال عليه بالحوالة مقدم على اصل البرائة فانه يقدم على الاصول التنزيلية فضلا عن اصل البرائة - وثانيا ان اعتراف المحال عليه بالحوالة اعتراف منه باشتغال الذمة ومعه لا مورد للرجوع الى اصل البرائة - فالاظهر ان القول قول المحيل على هذا المبنى (نعم) لو ادعى المحال عليه انه اذن له في اداء دينه ولم يكن حوالة يقدم قوله لاصالة البرائة من شغل ذمته فباذنه في اداء دينه له مطالبة عوضه (ودعوى) انه في موارد جريان اصالة البرائة المقتضية لتقديم قول المحال عليه يجري اصل آخر يعارض تلك - وهو اصالة عدم اشتغال ذمة المحيل بعوض ما اداه المحال عليه (مندفعة) بان الشك في اشتغال ذمته مسبب عن الشك في اشتغال ذمة المحال عليه فاصل البرائة عن اشتغال ذمته حاكم على هذا الاصل.

ثم ان المستفاد من عنوان المسألة حيث قالوا لو احال المحيل ثم طالب المحال عليه بما اداه - ان حال الحوالة حال الضمان في عدم شغل الذمة بالعوض الا بعد الاداء - واشكل على ذلك بعضهم بانه كما يحصل بالحوالة الوفاء بالنسبة الى دين المحيل فكذا بالنسبة الى دين المحال عليه للمحيل اذا كان مديونا وحصول شغل ذمة المحيل له اذا كان بريئا - وفيه - ما تقدم في مبحث الضمان من ان ما افادوه مما يقتضيه القاعدة - واجمال ما مر ان الحوالة على البرىء مثلا انما توجب الضمان من جهة استيفاء مال المحال عليه بامره - ومن المعلوم ان قضية ذلك هو الاشتغال بعد الاداء وبمقداره فراجع ما حققناه.

اذا احال المشترى بالثمن ثم رد البيع

الرابعة (**و لو احال المشترى**) البايع (**بالثمن ثم فسخ**) البيع بـالعيب او بغيره مما يقتضى الفسخ من حينه (**بطلت الحوالة**) عند الشيخ في محكى المبسوط و الفخر و المحقق الثانى و المقدس الاردبيلى ـ لانها تتبع البيع فى ذلك وعن القواعد بطلت ان قلنا انها استيفاء فاذابطل الأصل بطلت هيئة الا رفاق ـ وان قلنا انها اعتياض لم تبطل ولعله لذا قال المصنف ره هنا (**على اشكال**) وفى الشرايع قال وفيه تردد كماعن الارشاد والتحرير و التذكرة (ولكن) ماعللوه به بطلان الحوالة عليل ـ اذالحوالة حين ماوقعت كانت صحيحة لازمة لوجود شرائط الصحة واللزوم ولاوجه لبطلانها بفسخ البيع فان الحوالةو ان كانت تابعة للبيع لوقوعها على الثمن الا ان فسخها ليس تابعا لفسخ البيع ـ بـل هى ح من قبيل تصرف احـد المتبايعين فيما انتقل اليه ثم حصل الفسخ ـ و الكلام فيه بفروعه تقدم فى مبحث الخيارات و عرفت انه فى بعض الموارد يوجب سقوط الخيار وفى بعض آخر لايسقط و ينتقل الى العوض فراجع ماذكرناه (و اما) ما افاده المصنف ره فى القواعد فيرده مامر من ان الحوالة معاملة مستقلة ـ و ليس حالها حال ماذكره نظيراً له وهومااذااشترى شيئا بدراهم مكسورة فدفع الى البايع الصحاح اودفع بدلها شيئاآخر وفاء حيث انه اذا انفسخ البيع يـرجع اليه ما دفع مـن الصحاح او الشىء الاخر لا الدراهم المكسورة فـان الوفاء بهذا النحو ليس معاملة لازمة بل يتبع البيع فـى الانفساخ بخلاف الحوالة التي هى معاملة مستقلة لازمـة لاتنفسخ بانفساخ البيع ـ فالاظهر عدم بطلانها .

(**و**) على البطلان (**يرجع المشترى على البايع**) و يستعيده (**مع قبضه**) و ان لم يقبضه فهو باق فى ذمة المحال عليه للمشترى (**و لو احال البايع اجنبيا**) له عليه دين بالثمن على المشترى (**ثم فسخ**) المشترى بما يقتضى الفسخ من حينه

(لم تبطل الحوالة) بلاخلاف بل عن الفخر في شرح الارشاد الاجماع عليه — و وجهه ظاهر لان الحوالة غير متعلقة بالمتبايعين فلاموهم لرفع اليد عن اصالة اللزوم.

(و لو بطل البيع) من اصله (بطلت) الحوالة (فيهما) لان الحوالة انما هى على مافى ذمته و انكشف بذلك عدم اشتغال ذمة المحال عليه - فهى ح نظير ما لو احال شخص على من يراه مديونا ثم ظهر عدم الدين.

الحوالة المستحدثة

ثم انعقد تداول بين التجار اخذ الزيادة و اعطائها فى الحوائل المسمى عندهم بصرف البرات و يطلقون عليه بيع الحوالة وشرائها - وهى على اقسام.

الاول ان يدفع الشخص الي التاجر مبلغا و ياخذ ذلك المبلغ بعينه من طرفه فى بلد آخر والظاهر ان الحكم فيه خال عن الاشكال - كان ذلك بعنوان البيع بان يبيع المبلغ المعين مثلا مائة تومان بمبلغ يساويها يدفعه في بلد آخر - او بعنوان القرض بان يقترض منه اويقرضه ذلك المبلغ ليسلمه فى بلد آخر - اما اذا كان بعنوان البيع فواضح - واما اذا كان بعنوان القرض فلعدم الزيادة فيه وقد استشكل فيه بعض الاساطين مع كون المصلحة للمقرض لجر النفع ولكنه ضعيف فان الممنوع عنه الزيادة فى القرض عينا اوصفة وليس هذا واحدا منهما مع ان جملة من النصوص تدل على جوازه — لاحظ خبر (١) يعقوب بن شعيب قلت لابى عبدالله عليه السلام يسلف الرجل الورق على ان ينقدها اياه بارض اخرى و يشترط عليه ذلك قال عليه السلام لاباس و خبر (٢) السكوني عنه عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام لاباس بان ياخذ الرجل الدراهم بمكة ويكتب لهم سفاتج ان يعطوها بالكوفة وخبر (٣) ابي الصباح عنه عليه السلام فى الرجل يبعث بمال الى ارض فقال للذى يريد ان يبعث به اقرضنيه و انا او فيك اذا قدمت الارض قال عليه السلام لاباس و خبر (٤) اسماعيل بن جابر قلت لابى عبدالله عليه السلام

---

١ -٢-٣-٤- الوسائل باب ١٤ -من ابواب الصرف حديث ١-٣-٢-٥

يدفع الي الرجل الدراهم فاشترط عليه ان يدفعها بارض اخرى سودا بوزنها و اشترط ذلك قال ﷺ لاباس ونحوها غيرها - و هى اما ظاهرة في القرض او القرض اظهر مصاديقها .

القسم الثانى انيدفع الشخص مبلغا للتاجر ويأخذ الحوالة من المدفوع اليه بالاقل منه والظاهر انه لااشكال فيه ايضا كان ذلك منزلا على البيع او القرض - اما الاول فلما تقدم من ان الاوراق النقدية ليست من المكيل والموزون فلايتحقق الربا البيعى فى هذه المعاملة - واما الثانى فلان الربا فى القرض هو ان يأخذ الدائن من المدين الزيادة مع الشرط واما لو كان الشرط نفعا للمستقرض كما فى الفرض فلايكون ربا بل هو جائز كمامر فى كتاب القرض .

القسم الثالث - انيدفع التاجر مبلغا - كمائة تومان لشخص فى بلد ليأخذه فى بلد آخر مع الزيادة - فان كان ذلك بعنوان البيع صح لمامر وان كان بعنوان القرض واشترط ذلك فى ضمن القرض بطل فانه من الربا الممنوع عنه وللفرار من الربا لابد من اعمال بعض الحيل الشرعية (منها) ان يقرض منه بلاشرط وبعد تماميته يحو له المقترض ان يأخذ المبلغ مع الزيادة من شخص ثالث فى بلد آخر .

الكفالة

(واما الكفالة) بالفتح فلاريب فى انها من العقود الصحيحة بل عن التذكرة انها كذلك عند عامة اهل العلم - والاجماع - وبناء العقلاء - والنصوص الاتى طرف منها - تشهدبه ولكنها مكروهة لصحيح (١) حفص بن البختري - وخبر (٢) الحذاء - ومرسل (٣) الصدوق - وخبرى(٤) داود الرقى - واسماعيل بن جابر - واما الكلام فيما يعتبر فى عقده وفي المتعاقدين فكما مر فى اختيها -

واما حقيقتها - فهى التعهد باحضار النفس المستحق عليها ذلك لسبب حق ولو

١-٢-٣-٤- الوسائل - باب ٧- من ابواب كتاب الضمان - حديث ١-٤-٢ ٥-٣

دعوى للمكفول له عليها (وما) عن بعض من صحة كفالة الاعيان المضمونة عنده او الاعيان التى يراد الشهادة عليها فتجوز كفالة الدابة والكتاب وغيرهما للشهادة على اعيانها (غير تام) اذ الكفالة عند العرف ليست الا ما تقدم - وماذكر داخل فى الضمان كمامر والمحكى عن التذكرة تخصيصها بما اذا كان النفس ممن يجب عليه حضور مجلس الحكم - وعليه فلا يصح كفالة الصبي والمجنون - ولكن الظاهر كما افاده فى محكى القواعد عميتها من ذلك و ممن يجب احضاره للشهادة اوغيرها (نعم) لاتصح الكفالة على حد من حدود الله تعالى بلا خلاف - لقوله (١) -صلى الله عليه وآله- فى المروى من طرق الخاصة والعامة لاكفالة فى حد - وتمام الكلام فى هذا المقام في طى مسائل .

شرائط الكفالة

الاولى الكفالة من العقود - لان الكفيل يلتزم احضار المكفول متى طلبه المكفول له و المكفول له يقبل ذلك و عليه (**فيشترط فيها رضا الكفيل و المكفول له**) كما هو المشهور بل في الجواهر الاجماع عليه - اضف الى ذلك ان من المعلوم عدم الالتزام بحق بدون رضا الطرفين (واما) المكفول عنه فالمعروف عدم اعتبار رضاه واليه اشار المصنف ره بقوله (**خاصة**) - واستدلوا له (بوجوب) الحضور عليه او احضاره متى طلب صاحب الحق وان لم يكن ثمة كفالة - وعليه - فالكفيل بمنزلة الوكيل حيث طلب منه المكفول له باحضاره (وبما) عن التذكرة من دعوى الاجماع عليه .

وعن الشيخ والقاضى والحلبى اعتبار رضاه وقواه المصنف فى محكى التحرير - وصاحب الجواهر فيها . واستدل له (بانه) اذا لم يرض المكفول عنه بها لم يلزمه الحضور مع الكفيل فلم يتمكن من احضاره فلاتصح كفالته لانها كفالة بغير المقدور ولاتقاس بالضمان لامكان وفاء دينه من مال غيره بغير اذنه ولا يمكن ان ينوب عنه فى الحضور (وباحتمال)

---

١ - الوسائل - باب ٢١ - من ابواب مقدمات الحدود والمستدرك باب ١٩ منها .

اعتبار رضا المكفول عنه فى تحقق مسماها - فيشك بدونه فى صدقها فلايصح التمسك باطلاق دليل الكفالة والاصل عدم ترتب اثر الكفالة - ولكن يرد علي الاول (اولا) انه مصادرة محضة اذ مع تحقق الكفالة وشمول ادلتها لها يلحقها حكمها وهو وجوب الاحضار الملازم لوجوب الحضور (وثانيا) ان فرض الكفالة انما هو فيما لو كان المكفول له مستحقا على المكفول عنه حضوره متى طلبه - وعليه فيجب عليه الحضور وان لم يكن مكفولا - وفائدة الكفالة راجعة الى التزام الكفيل بالاحضار حيث يطلبه المكفول له (ودعوى) انه فى الكفالة يثبت حق زايد على الوكالة لانه متى تعلق حق الكفالة كان له احضاره لارادة البرائة من عهدته من دون طلب المكفول له (مندفعة) بان ذلك وان كان حقا كما عن التذكرة والتحرير وجامع المقاصد - بل عن الكركى انه قطعى الا انه بعد تحقق الكفالة يكون احضار الكفيل وطلبه حضور المكفول - بمنزلة طلب المكفول له فكانه بالكفالة يوكله فى الاحضار متى اراد وعليه فيجب على المكفول الحضور لذلك - واما الثانى فيتوجه عليه (اولا) عدم اعتبار رضا المكفول ولاقبوله فى صدق الكفالة عرفا كيف والكفالة من الاعتباريات العقلائية ولا شك عندهم فى صدقها بدون ذلك (وثانيا) انه لو سلم الشك فى صدقها يكفى فى صحة هذا القسم عموم ادلة امضاء المعاملات فلا ينبغى الاشكال فى عدم اعتبار رضاه -- وبما ذكرناه يظهر عدم اعتبار قبوله ايضا فهى كالحوالة والضمان -- من العقود المركبة من ايجاب وقبول -- وليست ايقاعا -- ولا عقداً مركبا من ايجاب وقبولين .

(**وفى اشتراط الاجل**) فى الكفالة (**قولان**) المشهور بين الاصحاب عدم الاشتراط فتصح الكفالة حالة - كما تصح مؤجلة (وعن) الشيخين فى المقنعة والنهاية وابن حمزة وسلار والقاضى فى احد قوليه اعتبار الاجل فيها فلاتصح حالة -- ولادليل لهم سوى الاقتصار على المتيقن وعدم الفائدة فى الحالة وهما كما ترى - فالاظهر عدم اعتباره . لاطلاق الادلة - فللمكفول له ان يطالب من الكفيل احضار المكفول وقت وقوع الكفالة ومع التاجيل

لافرق بین الکفالة الی مدة الشهر فیلزم الاحضار بعد الشهر - وبین الکفالة فی مدة بمعنی التعهد به فی ضمن الشهر مثلا وان شئت سم الثانية بالموقتة والاولی بالمؤجلة کما صنعه المصنف ره فی محکی التحریر .

ثم انه یعتبر مع التأجیل تعیین الاجل کما هو المشهور - بل الاجماع بقسمیه علیه کمافی الجواهر وهو الحجة فیه مع عموم(١) نفی الغرر - بناء علی عدم اختصاصه بالبیع کما هو المختار .

(و) من شرائط الکفالة (تعیین المکفول) ففی الحدائق لاخلاف بینهم فی وجوب کون المکفول معینا فلو قال کفلت احدهذین لم یصح و کذا لو قال کفلت بزید اوفلان و کذا لوقال کفلت بزید فان لم آت به فبعمرو لاشتراك الجمیع فی الجهالة وابهام للمکفول انتهی (والاصل) فی ذلك بعد الاجماع - انه حیث یختلف الاشخاص فی الاحضار سهولة وعدمها - فمع الجهل به لامحالة یلزم الغرر وقدمران دلیل نفی الغرر لایختص بالبیع - هذامع التعین واقعا - واما مع الابهام الواقعی فالامر اوضح فان المبهم لاتحقق له .

ولو تعلقت الکفالة باحد شخصین بنحو التخییر لابنحو احدهما المعین واقعا غیر المعین عندهما - فهل تصح املا - الظاهر عدم الصحة (لا) لماقیل من الجهالة لعدم الجهل (ولا) لماقیل من ان حق الکفالة من قبیل الملك الذی لایقبل مثل هذا -فانه فی الملك ایضا یمکن الالتزام به ثم التعیین بالقرعة او اختیار المالك - وبعبارة اخری کمایصح ملك الکلی فی المعین کك ملك احد فردین بنحو التخییر (بل) لان متعلق الحق ان کانا هما معا کمافی الواجب التخییری فتکون کفالة کل منهما مقیدة بعدم الاتیان بالاخر - فتکون الکفالة ح معلقة و التعلیق موجب لبطلان کل عقد بالاجماع - وان کان المتعلق احدهما بنحو الکلی فی المعین فتبطل للغرر ان لم یتساوی الشخصان فی الاحضار سهولة وصعوبة فتدبر فانه دقیق .

١- التذکرة ج١ ص٤٦٦

الكفيل مخير بين دفع المكفول او ماعليه

(و) الثانية اذا تحققت الكفالة يجب (**على الكافل**) مع مطالبة المكفول له (**دفع المكفول**) عاجلا اذا كانت الكفالة مطلقة او معجلة و بعد الاجل ان كانت مؤجلة فان سلمه فقد برىء من ما كان عليه و ان لم يتسلمه لان متعلق الحق تسليمه لاتسلمه - وان امتنع الكفيل من ذلك اجبره الحاكم - وان امتنع حبسه حتى يحضره (**او**) يؤدى (**ماعليه**) كماصرح به غير واحد - و يشهد لجواز حبسه خبر (١) عمار عن الصادق عليه السلام اتى امير المؤمنين عليه السلام برجل قد تكفل بنفس رجل فحبسه و قال اطلب صاحبك وخبر (٢) الاصبغ بن نباتة قضى امير المؤمنين عليه السلام فى رجل تكفل بنفس رجل ان يحبس وقال عليه السلام له اطلب صاحبك -وخبر (٣) اسحاق بن عمار عن جعفر عن ابيه عليهما السلام - ان عليا عليه السلام اتى برجل كفل برجل بعينه فاخذ بالمكفول فقال عليه السلام احبسوه حتى ياتى بصاحبه ونحوها غيرها .

و اما التخيير بينه و بين دفع ماعليه - فقد يقال انه لادليل عليه بل ظاهر النصوص المتقدمة تعين الاول - ومن هنا قال فى التذكرة و غيرها عدم وجوب القبول على المكفول له لو بذل الكفيل له الحق - لعدم انحصار الغرض فيه اذ قد يكون له غرض لا يتعلق بالاداء او بالاداء من الغريم لامن غيره - فله ح الزامه بالاحضار خصوصا ممالابدل له كحق الدعوى اوفى ذى البدل الاضطرارى كالدية عوض القتل و مهر المثل عوض الزوجة (اقول) يمكن ان يذكر لوجوب القبول ولتخيير الكفيل بين دفع المكفول اوماعليه وجوه -١- ان الكفالة بنفسها مقتضية لذلك لان مبناها عرفا على ذلك وهو المقصود بين المتعاملين بها و ان شئت عبر عنه بان دفع ماعليه ان لم يحضره من قبيل الشرط الضمنى من الطرفين - فيجوز للمكفول له مطالبة ماعلى الكفيل ان لم يحضره و للكفيل ان يدفعه ابتداء -٢- ان وفاء ماعلى الشخص يجوز و ان لم يرض الدائن

١-٢-٣- الوسائل - باب ٩ - من ابواب كتاب الضمان حديث ١-٢-٣

بذلك - ٣ - جملة من النصوص ففي مرسل (١) الصدوق قال الصادق عليه السلام الكفالة خسارة غرامة ندامة -وفي خبر (٢) الرقي عنه عليه السلام مكتوب في التورية كفالة ندامة غرامة وعلى هذا فان ادى ما عليه يرجع به على المكفول ان كان الأداء باذنه او كانت الكفالة باذنه اما في الاول فواضح و اما في الثاني فلان الكفالة اذا اقتضت تخيير الكفيل بين احضار المكفول اودفع ماعليه كان الاذن فيها اذنا في الدفع فيضمن لاستيفاء مال الغير بالاذن .

اطلاق الغريم من يد صاحب الحق

الثالثة (**ومن اطلق غريما عن يد صاحبه**) او وكيله(**قهرا الزمه اعادته اوماعليه**) بلاخلاف ظاهر كما عن الرياض - وعليه الاجماع كما عن الصيمري.

اما لزوم اعادته فقد استدل له(تارة) بانه باطلاقه الغريم قهرا غاصب فعليه ضمان ماغصبه باحضاره لان اليد المستولية يد شرعية مستحقة وبه يتحقق الغصب ويبتنى عليه الضمان بالاحضار (واخري) بحديث (٣) لاضرر ولاضرار (وثالثة) بدعوى شمول(٤) على اليد ما اخذت حتى تؤدى لمثل ذلك -وفي الكل نظر (اما الاول)فلعدم صدق الغاصب عليه سيما وهو غير داخل تحت استيلائه (واما الثاني) فلما مر من ان حديث لاضرر ناف للحكم ولايكون مثبتا (واما الثالث) فلان الاطلاق غير الاستيلاء على الشيء مع انه مختص بالاعيان- فالصحيح ان يستدل له بفحوى ماسيمر عليك في القاتل معتضدة بالاجماع المدعى - وبه يظهر حال وجوب اداء ماعليه- وربما يستدل له بانه تفويت لمال الغير فيضمن - ويدفع بان الاتلاف موجب للضمان واما التفويت فلم يدل دليل على كونه من موجبات الضمان - و دعوي شمول الاتلاف للتفويت فانه اعم من اعدام الموجود

١-٢ - الوسائل - باب ٧ - من ابواب كتاب الضمان - حديث ٢- ٥

٣ - الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار كتاب التجارة

٤- سنن بيهقي ج٦ص ٩٠

والمنع من الوجود - مندفعة - بانه بحسب المفهوم العرفي مختص بالاول.

(**ولو كان قاتلا دفعه او الدية**) بمعنى انه يجب عليه دفعه وان لم يتمكن فالدية - كما يشهد بذلك - صحيح(١) حريز عن ابى عبدالله (ع) عن رجل قتل رجلا عمدا فرفع الى الوالى فدفعه الوالى الى اولياء المقتول ليقتلوه فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من ايدى الاولياء قال(ع) ارى ان يحبس الذى خلص القاتل من ايدى الاولياء حتى ياتوا بالقاتل قيل فان مات القاتل وهم فى السجن قال وان مات فعليهم الدية يؤدونها جميعا الى اولياء المقتول(فما) عن صريح جماعة وظاهر آخرين من التخيير من الاول - بين دفعه او الدية لا وجه له نعم فيما كان على المطلق فهرا الدية اتجه تخييره كما مر فى تخيير الكفيل بين دفع المكفول او اداء ما عليه .

الرابعة(**ولو مات المكفول او دفعه الكفيل او سلم نفسه او ابرئه المكفول له يبرأ الكفيل**) بلا خلاف فى شيء من تلكم .

اما الحكم الاول - فلتعلق الكفالة بالنفس وقد فاتت بالموت والاحضار المذكور فى الكفالة انما ينصرف الى حال الحياة - والظاهر انه لا خلاف فيه نعم قال الشهيد الثانى هذا كله اذا لم يكن الغرض الشهادة على صورته والاوجب احضاره ميتا مطلقا حيث يمكن الشهادة عليه انتهى ولا باس به ان كانت الكفالة شاملة له والافلا - واما الثانى فوجهه واضح - واما الثالث فلحصول الغرض - وفى التذكرة تقييده بما اذا سلم نفسه من جهة الكفيل فلو لم يسلمه نفسه من جهته لم يبرأ الكفيل لانه لم يسلمه اليه ولا احد من جهته وهو كما ترى وبه يظهر حكم الرابع .

الخامسة(**ولو عينا موضع التسليم لزم**) عملا بالشرط ولا يبرأ بالدفع فى غيره ان كان تعيين موضع التسليم ماخوذا قيدا فى العقد - وان اخذ شرطا فغاية ما هناك تخلف الشرط والا فقد عمل بمقتضى الكفالة فتسقط ويبرأ - ولعله يمكن التصالح بين الشيخ و ابن البراج - وبين المشهور حيث ان المشهور قائلون بعدم البرائة لو دفع فى غير ما عين للتسليم - وذهب الشيخ وابن البراج الى حصول البرائة لو لم يكن عليه مؤونة فى

١- الوسائل باب ١٥ من ابواب الضمان

حمله الى موضع التسليم ولاضرر فتامل - وعلى التقديرين لايجب عليه القبول لو دفعه في غير موضع التسليم - بل يجوز له اجباره بالتسليم في الموضع المعين - هذا اذا عينا موضعا للتسليم **(والا)** فقالوا **(انصرف الى بلد الكفالة)** وعن ابن حمزة انه يلزمه التسليم في دار الحاكم اوموضع لايقدر على الامتناع وقد تقدم الكلام في ذلك في فصل السلم من كتاب البيع .

الفصل الخامس في الصلح

وهو التسالم على امر من تمليك عين اومنفعة اواسقاط دين اوحق اوغير تلكم وهو في جميع هذه الموارد شيء واحد ينشأ مستقلا ولايكون تابعا للعقود الاخر كماقيل من انه فرع البيع اذا افاد نقل الملك بعوض معلوم وفرع الاجارة اذا وقع على المنفعة وفرع الهبة اذا افاد ملك العين بغير عوض وفرع العارية اذا تضمن اباحة منفعة بغير عوض وفرع الابراء اذا تضمن اسقاط الدين - والالزم كون الصلح مشتركا لفظيا وهو واضح البطلان فيتعين كون مفهومه معنى آخر غير كل واحد من الامور المذكورة وهو التسالم الانشائي فيفيد في كل مورد فائدة من الفوائد بحسب مايقتضيه متعلقه (ثم انه) مافي جملة من الكلمات منها كلام الشيخ الاعظم ره من ان الصلح اذا تعلق بالعين بعوض يتضمن التمليك - فيه مسامحة واضحة اذ الصلح لايتعلق بالعين و لابالمنفعة - بل هو نظير الالتزام لايعقل تعلقه الابفعل اونتيجة كالملكية ولذا لايصح جعل مفعوله الثاني العين كمالايخفى .

(وهو جائز) بلاخلاف ولااشكال ففي صحيح (١) حفص بن البختري اوحسنه عن ابي عبدالله عليه السلام الصلح جائز بين المسلمين - وعن الفقيه (٢) قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الصلح جائز بين المسلمين الاصلحا احل حراما اوحرم حلالا - ومثله خبر (٣) مسعدة

١-٢- الوسائل - باب ٣- من ابواب كتاب الصلح حديث ١-٢

٣- المستدرك باب ٣- من ابواب الصلح حديث ١

ابن صدقة عن الصادق عليه السلام وفي صحيح (١) هشام عنه عليه السلام لان اصلح بين اثنين احب الى من ان اتصدق بدينار بن الى غير تلكم من النصوص التي سيمر عليك طرف منها .

و اما الايات التى استدل بها لمشروعيته ـ و هى قوله تعالى (٢)«و ان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلاجناح عليهما ان يصلحا منهما صلحا والصلح خير »وقوله سبحانه(٣)«وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما»وقوله(٤)عزمن قائل«انما المؤمنون اخوة فاصلحوا بين اخويكم»وقوله (٥) تعالى«فاتقوا الله واصلحوا ذات بينكم » الى غير تلكم من الايات ـ ففى دلالة ماعدى الاولى منهما على الصلح العقدى الذى هو محل الكلام تامل ـ بل قيل فى الاول ايضا ـ وكيف كان فهو لازم من الطرفين مع تحقق شرائطه بلاخلاف لعموم مادل(٦) على لزوم العقد .

حكم الصلح مع الانكار

ثم ان تمام البحث فى طى مسائل ـ الاولى ـ الصلح جائز **(مع الاقرار والانكار)** بلاخلاف فيه بل الاجماع بقسميه عليه كما فى الجواهر ـ وموضع وفاق كما فى المسالك ـ ويشهد به اطلاق النصوص الدالة على الجواز ـ و صورة الصلح مع الاقـرار ظاهرة لااشكال فيها ـ وصورته مع الانكار ان يدعى شخص على غيره دينا او عينا فينكر المدعى عليه فتقع المصالحة بينهما اما بمال آخر او ببعض المدعى به او غير ذلك من منفعة او غيرها ـ وقد صرح غير واحد بان المراد بالصحة الصحة الظاهرية و اما بحسب نفس الامر فلايستبيح كل منهما ما وصل اليه بالصلح وهو غير محق .

١ـ الوسائل ـ باب ١ـ من ابواب كتاب الصلح ـ حديث ١

٢ـ النساء آية ١٢٨

٣-٤ـ الحجرات آية ٩ و ١٠

٥ـ الانفال آية ٢

٦ـ سورة المائدة آية ٢

توضيح ذلك انه تارة يعلم المصالح بانه محق - واخرى يعلم بانه غير محق - وثالثة يكون شاكا فى ذلك او فى مقدار مايستحقه - لا اشكال فى صحة الصلح فى الصورة الاولى وان علم بعدم محقية مدعيه اذ المال له فكل ماوصل اليه منه فهو حقه - كما لاريب فى صحته فى الصورة الثالثة بل مبنى شرعية الصلح واساسها فى هذه الصورة .

واما فى الصورة الثانية فمقتضى جملة من النصوص عدم صحته بمعنى انه لايحل له ماصولح عليه لاحظ صحيح (١) عمر بن يزيد عن ابى عبدالله عليه السلام اذا كان لرجل على رجل دين فمطله حتى مات ثم صالح ورثته على شيء فالذى اخذ الورثة لهم ومابقى فهو للميت يستوفيه منه فى الآخرة وان هو لم يصالحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهو كله للميت ياخذه به - وخبر (٢) على بن ابى حمزة قلت لابى الحسن عليه السلام رجل يهودى او نصرانى كانت له عندى اربعة آلاف درهم فهلك ألى ان اصالح ورثته ولا اعلمهم كم كان قال عليه السلام لايجوز حتى تخبرهم ونحوهما غيرهما

ثم ان نخبة القول فى مايستفاد من هذه النصوص بالبحث فى جهات .

١ - قال فى المسالك لو كانت الدعوى مستندة الى قرينة تجوزها كما لو وجد المدعى بخط مورثه ان له حقا على احد وشهد له من لايثبت بشهادته الحق ولم يكن المدعى عالما بالحال وتوجهت له اليمين على المنكر فصالحه على اسقاطها بمال او على قطع المنازعة فالمتجه صحة الصلح فى نفس الامر لان اليمين حق يصح الصلح على اسقاطها - انتهى واحتمل الصحة فى الفرض المحقق الثانى ره (ولكن) الظاهر انه ينبغى القطع بالصحة وهو خارج عن محل الكلام فان مورد النزاع الصلح على ماليس له - وفى الفرض الصلح انما يكون على ماله وهو اسقاط حق اليمين - نعم - مما نحن فيه مالو صالح فى المثال على المال نفسه - وهو لايجوز وان كان يحتمل استحقاقه واقعا - اذ الامارة القائمة لكون المدعى به للطرف تقوم مقام العلم فهو كالعالم بانه ليس له .

٢ - قد يناقش على هذا بانه على هذا لايصح للحاكم ان يصالح بتنصيف المال بين مدعيين له

١-٢- الوسائل - باب ٥- من ابواب كتاب الصلح - حديث ١-٢

مع العلم بعدم كونه الا لاحدهما ـ مع انه لا اشكال في صحته ظاهرا ـ واجاب عنه في الجواهر بان القطع بالواقع في الجملة لاينافي اجراء الحكم في الظاهر تبعا للموازينه ـ وفيه ـ ان الحكم الظاهري مع القطع بمخالفته للواقع لامورد له لانه في ظرف احتمال الموافقة والاخرج عن كونه ظاهريا (والحق) ان يقال ان مبنى شرعية الصلح على التسالم في مورد الاشتباه وانما الذي لايصح هو الصلح مع القطع بعدم الاستحقاق فكما ان للمتصالحين الصلح على التقسيم مع علمهما بان المال لاحدهما ـ كك للحاكم ذلك مع الجهل .

٣ـ ان طرف العالم بعدم الاستحقاق ربما يصالح على المال مبنيا على دعوى المدعى ولايكون راضيا بكون مايأخذه له وانما يستدفع بالصلح ضررا عن نفسه اوماله فهو غير مبيح للعالم بعدم الاستحقاق للنصوص المتقدمة ولعدم كون ذلك تراضيا مبيحا لاكل مال الغير وربما يصالح عليه على تقديري الاستحقاق وعدمه ويرضى بكون مقدار من المال له وان لم يكن مستحقا ومثل ذلك معاملة عن تراض وتصح ـ والنصوص المتقدمة لاتشملها فانها في غير هذا الفرض او منصرفة اليه ـ ويشهد به الصحيح (١) عن الصادق عليه السلام في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح فقال اذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلاباس بناء على ارادة الصلح بالانقص كما هو الغالب مع عدم اعلامه بالحال .

حكم الصلح المحلل للحرام او العكس

الثانية يجوز الصلح مطلقا (الا ما حلل حراما او بالعكس) وقدمرت النصوص المتضمنة لهذا الاستثناء ـ و مثل هذا العنوان اي تحليل الحرام وتحريم الحلال وقع مستثنى في ادلة لزوم الوفاء بالشرط ـ وادلة انعقاد اليمين ـ وقد اختلفت كلمات القوم في تفسيره ـ فعن المحقق القمي ـ المراد من تحليل الحرام وتحريم الحلال هو ان يحدث قاعدة كلية ويبدع حكما جديدا وقد اجيز في الشرع الصلح على كل شيء الاصلحا اوجب ابداع حكم كلي جديد ـ وافاد الشيخ الاعظم ره في ضابطه ان المراد بالتحليل الترخيص

١ـ الوسائل ـ باب ٥ـ من ابواب كتاب الصلح ـ حديث ٣

وبالتحريم المنع -ولكن المراد بالحلال والحرام هو ماكان كك بحيث لايتغير موضوعه بالصلح او الشرط وهناك تفاسير اخر وقد اشبعنا الكلام في ذلك في مبحث الشروط - وبناءان الاظهر - ان يقال ان فاعل حرم واحل في قوله (١) (ع) الاصلحا احـل حرامـا اوحرم حـلالا هو الصلح وهذا لايتحقق الا بكون ماصولح عليه حرمة الحلال اوحلية الحرام -واما الصلح على ترك الحلال فهو صلح على ترك التصرف دون حرمة الحلال والشيخ الاعظم ره بعد نقل ذلك عن المحقق النراقي في باب الشرط -اورد عليه ايرادين (احدهما) ان الحكم الشرعي امره بيد الشارع وغير مقدور للمكلف ولايدخل تحت الجعل ولامعنى لاستثنائه عما يجب الوفاء به لعدم امكان الوفاء به عقلا (وفيه) اولا- ان شرط النتيجة لايعتبر فيه الا كونها واقعة بسبب الشرط ولولا الاستثناء لكنا ملتزمين بان شرط حرمة الحلال نافذ وكنا نستفيد كونها مما يقع بالسبب من عموم دليل (٢) نفوذ الشرط الشامل له -وثانيا- ان بطلان هذا الشرط من جهة اخرى غير هذه الجهة لايكون مضرا -وثالثا- ان الشرط المحرم للحلال لاينحصر بشرط حرمة مايكون حلالا تكليفا بل يشمل مالو اشترط حرمة ماهو حلال وضعا كعدم كون الطلاق بيد الزوج ونحو ذلك من الاعتباريات ومن المعلوم ان المشروط ح هو ذلك الامر في اعتبار نفسه ولولا هذا الاستثناء و مادل على ان الشرط المخالف للكتاب لايكون نافذا لكنا ملتزمين بنفوذه (ثانيهما) ان استثناء الشرط المحرم انما يكون من الشرط الذي يجب الوفاء به وليست الحرمة والحلية من افعال المكلف كـي يجب الوفاء بهما (وفيه) ان الوفاء لايختص بشرط الفعل فانه بمعنى الانهاء وعدم النقض وهذا موجود في شرط النتيجة ايضا (فتحصل) ان هذا التفسير تام - وماذكر في الشرط يجري في الصلح طابق النعل بالنعل ، وتمام الكلام في ذلك في مبحث الشروط فراجع ماحققناه في الجزء الرابع عشر من هذا الشرح .

١- الوسائل باب ٣ من ابواب الصلح حديث ٢

٢- الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار كتاب التجارة

عدم اعتبار العلم بالمقدار

الثالثة يصح الصلح (مع علم المصطلحين بالمقدار) المتنازع فيه (وجهلهما) بلا خلاف فيه في الجملة - وفي المسالك الاجماع عليه و استدل له بصحيحي (١) محمد ابن مسلم ومنصور عن الصادقين عليهما السلام انهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي فقال (ع) لا باس بذلك اذا تراضيا وطابت انفسهما - ونحوهما الموثق (٢) واورد عليها بانه ليس في شيء منها تصريح بالصلح ولعله اريد الابراء - وفيه انه وان لم يصرح فيها بالصلح الا انه من جهة ظهورها في ارادة المعاوضة بين ما عند كل واحد منهما وما عند صاحبه وليست الا الصلح وفهم الاصحاب - تكون ظاهرة في ارادة الصلح - مع انه يمكن ان يستدل لصحة الصلح بان مبنى شرعية الصلح و الغرض المهم في شرعيته هو تحصيل البرائة عند الجهل - فيكون اطلاق ادلته غير مقيد - بما دل (٣) على نفي الغرر - فالمتحصل جواز الصلح مع العلم بالمقدار او الجهل به (دينا) كان (او عينا) و سواء كان ارشا او غيره كما هو المشهور بين الاصحاب بل عن التذكرة عند علمائنا اجمع - ولا فرق في صورة الجهل بالمقدار بين تعذر العلم به وتيسره .

وعن الرياض الاشكال في ما اذا كان عينا وامكن العلم بالمقدار - منشأه عموم الادلة بالجواز المعتضدة باطلاق عبائر كثير من الاصحاب - وحصول الجهل والغرر مع امكان التحرز عنهما (وفيه) اولا انه لم يظهر فرق بين ما اذا كان دينا او عينا - اللهم الا ان يقال ان الاجماع على الصحة في ما اذا كان دينا هو الفارق - وثانيا - انه لو سلم شمول دليل النهي عن الغرر للفرض لا وجه لما افاده من ان النسبة بينه وبين دليل جواز الصلح عموم من وجه فيتعارضان ويتساقطان ويرجع الى اصل الفساد - اذ دليل نفي الغرر حاكم

١-٢- الوسائل - باب ٥ - من ابواب كتاب الصلح

٣- التذكرة ج١ - ص ٤٦٦

على دليل الصلح كحكومته على ادلة ساير المعاملات ـ وثالثا ـ ماعرفت من ان دليل نفى الغرر لايشمل هذا الباب فالاظهر هى الصحة مطلقا ولافرق فيما ذكرناه بين العلم فى الجملة بالوصف او المشاهدة وعدمه (فما) عن الاردبيلى قده من اعتبار العلم فى الجملة وان لم يعتبر المعلومية المعتبرة فى البيع ونحوه غيرظاهر الوجه نعم يعتبر عدم الابهام لمامر من ان المبهم لاحقيقة له ولاتحقق ـ لكنه خارج عن محل الكلام .

الرابعة (**ولايبطل**) الصلح (**الابرضاهما واستحقاق احد العوضين**) بلاخلاف اماعدم بطلان الصلح فى غير الموردين فلمامر من لزوم الصلح ـ واما بطلانه فى المورد الاول فلمامر فى كتاب الاجارة من مشروعية الاقالة فى جميع العقود ـ واما البطلان فى المورد الثانى فواضح .

وقوع الصلح من الشريكين على كون الربح والخسران لاحدهما

الخامسة (**ولواصطلح الشريكان على ان لاحدهما الربح والخسران وللاخر راس المال صح**) بلا خلاف فى الجملة فيه ـ والاصل فى هذا الحكم ـ صحيح (١) الحلبى اوحسنه المروى عن الكافى عن ابى عبدالله (ع) فى رجلين اشتركا فى مال فربحا فيه وكان من المال دين وعليهما دين فقال احدهما لصاحبه اعطنى راس المال ولك الربح وعليك التوى فقال (ع) لاباس اذا اشترطا فاذا كان شرط يخالف كتاب الله عزوجل فهو رد على كتاب الله عزوجل ـ ورواه فى التهذيب (٢) الا انه قال وكان من المال دين وعين ولم يقل وعليهما دين ـ وايضا فيه ـ الا انه قال وكان المال دينا ـ ولم يذكر العين ولا عليهما دين ـ وروى الخبر بسند آخر الا انه قال كان المال دينا وعينا وليس فى شىء من

١ ـ الوسائل باب ٦ ـ من ابواب الخيار حديث ٤ ـ وباب ٣ ـ من ابواب كتاب الصلح حديث ١

٢ ـ ج ٦ ص ٢٠٧ الطبع الثانى

هذه النصوص تصريح بالصلح - بل بالشرط الا ان الظاهر منها كون المعاملة واقعة ابتداء لافي ضمن عقد الشركة - وتدل على صحتها مع الاشتراط - وحيث ان الشرط الابتدائي لايصح - واطلاق الشرط على المعاملة من البيع و الصلح وغيرهما شايع - وليس هناك معاملة غير الصلح يمكن تطبيقها عليها - فلامحالة يكون المراد بها الصلح فمحصل مفادها انه ان كان القول المزبور بعنوان الصلح صح والافمجرد وعد لايجب الوفاء به ولاينافي ذلك قوله فاذا كان شرطا يخالف ..الخ فان الصلح ايضا قيد بان لايكون محللا للحرام او العكس .

ثم ان مقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق في ذلك بين صورة وقوعه عند ارادة فسخ الشركة اوفي اثنائها اوعند ابتدائها - اى بعد مزج المالين - ومقتضى العمومات ايضا صحة ذلك في الموارد الثلاثة - و لاينافي مع مقتضى الشركة ولا يكون صلحا مخالفا للشرع لان الشركة انما تقتضي كون الربح بينهما و الخسران عليهما فكما انه لووهب احدهما ماربحه بالاخر وابرأه من الخسران لااشكال في صحتهما فكذلك لو اوقع الصلح على هذا النحو .

ومماذكرناه يظهر مافي المسالك قال هذا اذا كان عند انتهاء الشركة وارادة فسخها لتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة والخسران على من هو عليه بمنزلة الابراء اماقبله فلا لمنافاته لوضع الشركة شرعا والمستند صحيحة ابي الصباح - ثم نقل الخبر المتقدم - ثم قال - وهذا الخبر مشعر بما شرطناه من كون الشرط عند الانتهاء لا كما اطلق المصنف ره انتهى وتقدمه في ذلك المحقق الشيخ علي في محكي شرح القواعد فانه يرد عليهما ان الصلح المذكور ان كان مخالفا لوضع الشركة و غير صحيح - فما الفرق بين انتهاء الشركة وابتدائها واثنائها - والحل ان وضع الشركة مقتض للشركة في الربح والخسران مع عدم ايقاع عقد اوايقاع امامعه فلاتكون الشركة مقتضية لها كمالايخفي (نعم) في الصلح في الاثناء او الابتداء بالنسبة الى مايتحقق بعد من الربح والخسران - اشكال من ناحية عدم المتعلق الاانه يندفع بالصلح المشروط - الذى لا اجماع على

بطلانه. وبماذكرناه يظهر مافى كلمات القوم فى المقام من الخلط والاشتباه .

لو ادعى احدهما درهمين في يدهما والاخر احدهما

السادسة (**ولو ادعى احدهما درهمين فى يدهما والاخر احدهما اعطى الاخر نصف درهم**) بلاخلاف فيه فى الجملة والكلام تارة فيما يقتضيه القاعدة و اخرى في النصوص الخاصة .

اما الاول. فبالنسبة الى احد الدرهمين لانزاع بينهما فيه فهو لمدعى الدرهمين واما بالنسبة الى الدرهم الآخر فكل منهما يدعيه. والمفروض كونه تحت يدهما. فلامحالة يكون يد كل منهما على النصف وامارة لملكيته له. ويحكم بذلك . فيكون كل منهما مدعيا بالنسبة الي نصف الدرهم ومنكراً بالنسبة الى النصف الاخر. فيجرى قاعدة المدعى و المنكر وهو لزوم الحلف على كل منهما لنفي مايدعيه الاخر. فيعطى بكل منهما النصف مع الحلف لابدونه. واما الثاني فمقتضى النصوص الخاصة ايضاذلك لكن بدون الحلف لاحظ صحيح(١) عبدالله بن المغيرة عن غير واحد من اصحابنا عن ابى عبدالله عليه السلام فى رجلين كان معهما درهمان فقال احدهما الدرهمان لي وقال الاخر هما بيني وبينك فقال ابوعبدالله عليه السلام اما الذى قال هما بينى وبينك فقد اقر بان احد الدرهمين ليس له وانه لصاحبه ويقسم الآخر بينهما ونحوه مرسل (٢) محمد بن ابى حمزة الذى هو كالصحيح لان فى سنده ابن ابى عمير . والظاهر من كون الدرهمين معهما تحت يدهما . ومقتضى اطلاقهما عدم الفرق بين كون الدعوى فيهما بالنصف من كل منهما على الاشاعة او بواحد منهما على التعيين ان لم يكونا ظاهرين في خصوص صورة الاشاعة وهما دالان على التنصيف بدون الحلف (فما) عن التذكرة من لزوم الحلف فى الصورتين (وما) عن الدروس من لزومه فى صورة الاشاعة. غير تامين. واضعف منهما الايراد على الاول بانه لايتم حلف كل منهما

١-٢- الوسائل باب ٩ من ابواب الصلح .

فى صورة دعوى الاشاعة لاختصاص الحلف ح بالثاني و البينة بالاول و مع ذلك يستحق بعد الحلف تمام الدرهم لا النصف - فانه يرد عليه - ان كلا منهما منكر بالنسبة الى نصف الدرهم الذى بيدهما ومدع بالنسبة الى النصف الاخر فله الحلف على النصف لا على التمام فتدبر فانه دقيق .

حكم من اودعه انسان درهمين وآخر درهما

(وكذا) يحكم بان احد الدرهمين لاحدهما و الاخر بينهما (**لو اودع احدهما درهمين والاخر ثالثا وتلف احدهما بغير تفريط**) اذ لا اشكال فى ان احد الدرهمين الباقيين لصاحب الدرهمين والاخر مردد بينهما يمكن ان يكون لكل واحد منهما فمقتضى القاعدة هو ان يقسم نصفين (**فلصاحب الاثنين درهم ونصف وللاخر مابقى**) ويشهد به مضافاً الى ذلك خبر(١) السكونى عن الصادق عليه السلام عن ابيه عليه السلام فى رجل استودع رجلا دينارين فاستودعه آخر دينارا فضاع دينار منهما - قال عليه السلام يعطى صاحب الدينارين دينارا ويقسم الاخر بينهما نصفين .

ثم ان هاهنا اشكالا - وهو انه لو انتقل نصفا الدرهم او الدينار الى ثالث بهبة او نحوها واشتري بمجموعهما ثوبا يعلم تفصيلا بعدم دخول الثوب بتمامه فى ملكه لان بعض الثمن ملك الغير قطعا فلا يجوز الصلاة فيه ولا لبسه و لم يلتزم الاصحاب بذلك - وقد ذكروا فى دفعه امورا (احدها) ان الامتزاج يوجب صيرورة كل من الدارهم او الدنانير بينهما اثلاثا فما سرق يكون من مالهما لا من مال احدهما فلا يلزم المحذور المذكور (و فيه) ان الامتزاج في مثل المقام لا يوجب الشركة كما مر - مع .. ان لازم ذلك اعطاء درهم وثلث لصاحب الدرهمين وثلثى الدرهم لصاحب الدرهم الواحد كما نسب الى المصنف ره فى بعض كتبه انه ذهب الى ذلك (و ثانيهما) ماذكرناه فى اول البحث من اقتضاء قاعدة العدل والانصاف ذلك (و فيه)

---

١ - الوسائل باب ١٢ من ابواب الصلح .

ان تلك القاعدة انما تقتضى جواز التصرف لكل منهما فيما اعطى له جوازا ظاهريا و الكلام انما هو فيما لو اجتمعا عند ثالث و اشتري بهما ثوبا و هو يعلم بعدم انتقاله اليه بتمامه والحكم الظاهرى لايكون مع العلم التفصيلى بالخلاف (و دعوى) انه بعد كون كل من النصفين مما يجوز تصرف من هو تحت يده فيه ـ لو انتقلا الى ثالث يجوز تصرف الثالث فيهما واقعا فان جواز تصرف ذى اليد فى المال ظاهرا موضوع لجواز تصرف من انتقل اليه ذلك المال واقعا فلا يحصل العلم التفصيلى بعدم جواز التصرف فيما انتقل اليه بازائهما (مندفعة) بان قاعدة اليد ايضا من الامارات ولاتكون متكفلة لبيان حكم واقعى و لاتوجب تبدل الواقع (ثالثها)البناء على ان ذلك من باب الصلح القهرى فبالتعبد الشرعى من باب الولاية يدخل كل من النصفين فى ملك كل واحد منهما فكل منهما يملك النصف واقعا فلا يحصل العلم المزبور لو اجتمعا عند ثالث واشترى بهما شيئاً .

و بما ذكرناه يظهر اندفاع ما فى المسالك بان التالف لايحتمل كونه منهما بل من احدهما خاصة لامتناع الاشاعة هنا انتهى (و اما) ايراده على الخبر بضعفه فيرده ان الخبر قوى ولو سلم ضعفه فهو منجبر بالشهرة (فما) قواه ومال اليه فى الدروس من القول بالقرعة ضعيف .

حكم اشتباه الثوبين

السابعة (ولو اشتبه الثوبان) لشخصين احدهما اقل قيمة من الاخر كما اذا كان لواحد ثوب بعشرين درهما وللاخر ثوب بثلثين ثم اشتبها ـ فان خير احدهما صاحبه فقد انصفه ـ وان تعاسرا (بيعا وقسم الثمن على نسبة رأس مالهما) ففى المثال يعطى صاحب العشرين سهمين من خمسة و للاخر ثلاثة كما هو المشهور بين الاصحاب و فرض الاشتباه يتوقف على عدم احراز كون الاقل قيمة فى البيع هو الاقل فى الشراء والا فلا اشتباه .

و كيف كان فيشهد للحكم المذكور خبر (١) اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام في الرجل يبضعه الرجل ثلثين درهما في ثوب و آخر عشرين درهما في ثوب فبعث الثوبين ولم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه قال عليه السلام يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلثين ثلاثة اخماس الثمن و الآخر خمسي الثمن قلت فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلثين اختر ايهما شئت قال عليه السلام قد انصفه ـ المنجبر ضعفه بالشهرة ـ اضف اليه ما في الجواهر قال مع احتمال صحة سنده في طريق الصدوق بل الشيخ ـ و احتمال اختصاصه بمورده كما ترى (فما) في المسالك من الميل الى القرعة بل عن الحلي الجزم بها في غير محله .

ثم ان للمصنف قده تفصيلا في المقام قال في محكي التذكرة انه ان بيعا منفردين و تساويا في الثمن فلكل واحد ثمن ثوب ولا اشكال وان اختلفا فالاكثر لصاحب الاكثر قيمة و كذا الاقل بناء على الغالب وان بيعا مجتمعين صارا كالمال المشترك شركة اجبارية (و فيه) انه ان كان كون الاكثر قيمة معلوما انه للاكثر فما افاده وان تم ولا يشمله الخبر الا انه لا وجه لبيعهما مجتمعين لفرض امكان احراز مالكل منهما وان لم يكن ذلك معلوما فلا وجه لجعل الاكثر قيمة للاكثر فلعله للاقل ـ مع ان ذلك اجتهاد في مقابل النص .

الثامنة(**وليس طلب الصلح اقرارا**) بالملك لان الصلح يصح مع الانكار فطلبه لا يستلزم الاقرار لان طلبه يمكن ان يكون لاجل رفع المنازعة(**بخلاف ما اذا قال بعني أو ملكني أو هبني او اجلني أو قضيت**)فان شيئا من تلكم لا يتم بدون الملك فقوله هذا اقرار بملكية صاحبه.

اقرار العاقل على نفسه جائز

(**الفصل السادس في الاقرار و**) المراد به الاعتراف فليس هو من قبيل الانشاء

١ - الوسائل ـ باب ١١ ـ من ابواب كتاب الصلح ـ حديث ١

بل (**هو اخبار عن حق سابق**) على نفسه من غير فرق بين الاثبات و النفى كالاقرار بالابراء ونحوه ـ وبين الاعيان والمنافع والحقوق ـ وفى الحقوق بين حق الله تعالى وحق الناس .

و يشهد لجوازه على نفسه ومشروعيته مضافا الى اجماع المسلمين من الكتاب آيات لاحظ قوله تعالى (١) « أأقررتم واخذتم على ذلكم اصرى قالوا اقررنا » وقوله عزوجل (٢) «و آخرون اعترفوا بذنوبهم » وقوله سبحانه (٣) « ألست بربكم قالوا بلى» وقوله تعالى (٤) « كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم » فتامل ـ و من السنة اخبار ـ لاحظ ما رواه (٥) جماعة من علمائنا عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم انه قال اقرار العقلاء على انفسهم جائز ـ وخبر (٦) العطار عن بعض اصحابه عن الصادق عليه السلام المؤمن اصدق على نفسه من سبعين مؤمنا عليه ـ وخبر (٧) المدائنى عنه عليه السلام لا اقبل شهادة الفاسق الا على نفسه ـ اضف الى تلكم النصوص الواردة فى الابواب المختلفة ـ منها ـ ما دل (٨) على انه يؤخذ به فى الحد بالزنا وغيره ـ ومنها ـ ما دل (٩) على انه ان اقر بعض الورثة بالدين يلزمه ذلك فى حصته ـ ومنها ـ ما دل (١٠) على انه ان اقر المريض بدين

---

١ ـ آل عمران آية ٨١ .

٢ ـ التوبة آية ١٠٢

٣ ـ الاعراف آية ١٧٢

٤ ـ النساء آية ١٣٥

٥ ـ الوسائل باب ٣ من ابواب الاقرار ـ والمستدرك باب ٢ منها

٦ ـ الوسائل باب ٣ من ابواب كتاب الاقرار حديث ١

٧ ـ الوسائل باب ٦ ـ من ابواب الاقرار حديث ١

٨ ـ الوسائل باب ١٦ من ابواب حد الزنا

٩ ـ الوسائل باب ٥ من ابواب الاقرار

١٠ ـ الوسائل باب ١٦ من ابواب احكام الوصايا حديث ٢

يجوز ذلك ـ ومنها ـ مادل (١) علي انه ان اقر رجل عند موته لواحد مـن اثنين فـايهما اقام البينة فله المال و ان لم يقم و احد منهم البينة فالمال بينهما نصفان ـ و منها ـ غير تلكم .

بيان مابه يتحقق الاقرار

وكيف كان فالنظر فيه يكون في الاركان وفي اللواحق ـ اما الاركان ـ فهي اربعة الاول الصيغة ـ لاخلاف بينهم (و) لا اشكال في انه (لايختص لفظا) بل يكفي فيه كل لفظ يفيد الاخبار باى لغة كان ـ وعن التذكرة الاجماع عليه ـ وهو الحجة فيه مضافاً الى اطلاق الادلة ـ فان الموضوع هو الاقرار والاعتراف وهما انما يصدقان بابراز ثبوت حق سابق كان المبرز عربيا اوغيره ـ والمعتبر هو كون اللفظ كاشفا في عرف المتكلم عن المعنى المطلوب ثبوته ولاعبرة باللغة هنا ـ كما انه لايعتبر كون اللفظ المتكلم به على القانون العربى فى مادته وهيئته (ويتفرع) على ذلك فروع ـ منها مالو قال انشهد فلان لك على فهو صادق وشهد ـ فالاقرب كما عن اكثر المتاخرين انه لايكون اقرارا ـ اذ المفهوم العرفى من هذه الجملة امتناع الشهادة ـ ومنها ـ مالوادعى عليه احد انه اقرضه فقال صدقت مقترنا ذلك منه بمايكون في المتفاهم العرفى استهزاء ـ ومنها ـ غير تلكم من الموارد التى لاتندرج تحت ضابطة كلية فان فهم العرف الذى يرجع اليه غير منضبط فلابد فى كل مورد من ملاحظة الكلام الصادر من المتكلم ورعاية القرائن الحالية و المقالية ـ فان كـان صريحا او ظاهرا فى الاخبار عن ثبوت الحق بحسب المتفاهم العرفى فهو اقرار والافلا .

(و) بهذا البيان يظهر عدم تعين اللفظ بل (يصح بالاشارة المعلومة) اى المفهمة ـ اذ المعيار هو الاعراب عما فى الضمير بلادخل لخصوصيات المعرب فى ذلك (وعن) بعضهم اشتراط التعذر فى الاكتفاء بالاشارة من جهة الشك فى صدق الاقـرار

---

١ ـ الوسائل باب ٢ من ابواب كتاب الاقرار

عليها وان عبرت عمافى الضمير ـ ولازم ذلك وان كان عدم الاكتفاء بها حتى مع التعذر الا انه يكتفى بها فى حال الضرورة للاجماع (وفيه) ان الاقرار والاعتراف ومايساوقهما من الالفاظ ـ لم يؤخذ فيها اللفظ وهذا العرف ببابك والتبادر عندهم و عدم صحة السلب علامتان للحقيقة ـ فاعرض لفظ الاقرار عليهم فهل يشك احدهم فى صدقه على المعرب عمافى الضمير وعدم صحة سلب الاقرار عنه ـ وعلى الجملة فلاينبغى الشك فى صدقه على الاشارة المفهمة والاكتفاء بها .

(ولوقال نعم اواجل فى جواب اءليك كذا فهواقرار) بلاخلاف فيهما ولااشكال ـ لكون اللفظين من كلمات التصديق ـ نعم ـ ان كان المتكلم ممن يحتمل فى حقه ان لايعرف معنى لفظ اجل ـ وادعى انه تخيل كونه كلمة تكذيب او استهزاء لاتصديق يقبل منه ولكنه خارج عن محل الفرض فان هذا يجرى فى الالفاظ الصريحة اذا صدرت عن غير اهل ذلك اللسان .

(وكذا) يكون اقرارا ـ قول (بلى عقيب اليس عليك كذا) فانها بمقتضى الوضع حرف تصديق واكثر ماتقع بعد الاستفهام وتختص بالايجاب سواء كان ماقبلها مثبتا اومنفيا ـ هكذا ذكروه اهل اللغة ـ والظاهر انها بحسب المتفاهم العرفى ايضا كك ـ وعلى فرض التنزل وتسليم الشك فى كونها فى العرف كك يستصحب قهقرائيا ويثبت به ذلك ـ على مامر فى محله من ان بناء العقلاء فى المحاورات على اجراء هذا الاستصحاب والظاهر انه لاخلاف بينهم فيما ذكرناه .

(بخلاف نعم) فانه ذهب جماعة منهم الشيخ ره والماتن الى انها ليست اقرارا ـ وعن الشهيد وسيد المدارك انها اقرار ـ وتردد المحقق فيه فى النافع (وجه) الاول ـ انها وضعت فى اللغة لتقرير ماسبق من السؤال فاذا كان نفيا اقتضت تقرير النفى فهى فى المثال انكار لااقرار (و وجه) الثانى انه لوسلم كونها فى اللغة كك لكنها بحسب الاستعمال الشايع عند العرف بلاقرينة مثل بلى ـ تكون ايجابا مطلقا كان ماقبلها مثبتا اومنفيا ـ مع انه صرح جماعة بورودها فى اللغة كك ـ وفى المنجد ايضا التصريح بمساواة نعم ـ

وبلى في المفاد (ووجه) الثالث عدم ترجيح احد الوجهين على الآخر - وبماذكرناه يظهرا قوائية الثاني اذقد عرفت عدم العبرة باللغةفي مقابل العرف -ودعوى- ان الاستعمال اعم من الحقيقة وان كان شايعا كمافي الرياض - مندفعة بماتقدم من انه لايتوقف صدق الاقرار على اثبات كون اللفظ حقيقة في المستعمل فيه بل يكفي كونه مجازا مشهورا لايتوقف دلالته عليه على ذكر قرينة .

(**ولوقال**) بعد قول لي عليك كذا(**انامقر فليس باقرار**) لانه لم يذكر المقربه فمن الجائزان يقدر مالايطابق الدعوى - والعام لايدل على الخاص(**الاان يقول به**) اى بماتدعيه فيلزمه - خلافا للشهيدفي محكي الدروس قال لايكون اقراراً ايضا اذغايته الاقرار بالدعوى وهواعم من الاقرار بها للمدعي ولغيره - ويرده -ان المتبادر الى الذهن هو الاقرار به للمدعي - وقدمر انه المعيارفي هذا الباب ولذلك قد يدعى كونه اقرارا في الاول ايضامن جهة ظهور المحاورات العرفية في ذلك فان وقوعه بعد الدعوى يوجب عندهم صرفه اليها -كما يعلم ذلك من انه لو اقر بشيء آخر صريحا يعد هذرا كمالوادعى عليه دين فقال انامقربان السماءفوقنا - قيل -والاية الكريمة المتقدمة (١) «أأقررتم واخذتم على ذلكم اصرى قالوا اقررنا»شاهدة به وهوغيربعيد .

حكم مالو علقه بشرط

(**ولوعلقه بشرط بطل**) كماعن اكثر المتاخرين - ونخبة القول فيه انه لااشكال كمامرفي ان الاقرار عبارة عن الاخبار عن ثبوت حق على نفسه جزما - فهل يعتبر فيه كونه عن ثبوت حق سابق - ام يكفي في صدقه الاخبار عن ثبوت حق في اللاحق قولان - اختار ثانيهما صاحب الجواهره - قال لايمكن انكار صدق الاقرار على الحقوق المعلقة بنذر اوعهد اويمين على شيء متوقع اومعلوم الحصول فاذا اقرمثلا ان لزيد على مائة درهم اذاعوفي في مرضه بنذر اوعهد اويمين كان ذلك اقراراً بالحق المعلق

١- آل عمران آية ٨١

بمقتضى السبب المتعلق به ـ ولكن يرده انذلك يكون اقراراً باعتبار كونه اخبارا عن السبب وهو النذر السابق مثلا ـ فالحق ماافاده الاكثر من اعتبار كونه اخبارا عن حق ثابت في السابق ـ وعلى هذا فلو علقه بشرط مستقبل لايكون اقرارا (واما) لو علقه بشرط مضى فالظاهر انه اقرار امـا اذا علم بتحقق الشرط فلكونه اخبارا عن تحقق التالى و ثبوته لفرض العلم بتحقق الشرط واما اذالم يعلم به فلان الاخبار المشروط اخبار عن الملازمة بين الشرط والجزاء جزما فاذا انضم اليه تحقق الشرط خارجا كانت النتيجة كونه اخبارا عن حق ثابت ـ كما لو قال ان كان مكتوبا في الدفتر ان لزيد على الفا كان كك جزما. فان كان مكتوبا كان هذا اخبارا جزميا بثبوت الالف فيصدق عليه الاقرار (نعم) ان كان الشرط مما يتخيل انه لـم يقع خارجا لـم يكن ذلك اقرارا بل هو انكـار عرفـا ـ والضـابط هو الرجوع الى العرف بحسب مايفهمه من القرائن الحالية والمقاليه لهذا الكلام ـ ولايمكن جعل ميزان كلي له .

حكم مالو قال ان شهد فلان فهو صادق

(ولو قال ان شهد فلان فهو صادق لزمه وان لم يشهد) كما عن الشيخ في المبسوط وابن سعيد في الجامع والمصنف ره في جملة من كتبه ـ بل حكى عنه نسبته الى الاصحاب .

و استدل له (بانه) اذا صدق على تقدير الشهادة لزم الحق لوجوب مطابقة الخبر الصادق لمخبره في الواقع فيكون في ذمته على ذلك التقدير ـ و من المعلوم انه لا دخل للشهادة في ثبوت المقر به في الذمة في نفس الامر فيثبت ح مطلوبه اذاً لصدق مطابقة نسبة الخبر المنسبة الخارجية في تحقق الصدق على تقدير الشهادة (و بانه) اما ان يكون ثابتا في ذمته اولا ـ و التالى باطل لاستلزامه كذب الشاهد على تقدير الشهادة لانه خبر غير مطابق لكنه حكم بصدقه على تقديرها فيتعين الاول (و بانه) يصدق كلما لم يكن المال ثابتا في ذمته لم يكن صادقا على تقدير الشهادة و ينعكس

بعكس النقيض الى قولنا كلما كان صادقاً على تقدير الشهادة كان المال ثابتافى ذمته لكن المقدم حق لاقراره فانه حكم بصدقه على تقدير الشهادة فالتالى مثله.

اقول قدمر انه اذاكان المفهوم من هذا الكلام عرفا بواسطة القرائن ان هذه الشهادة ممتنعة الوقوع من الشخص المذكور لامتناع الكذب عليه بحسب اعتقاد المتكلم والغرض ان هذالايصدر منه كما هو كثير الامثال فى المحاورات العرفية حتى ادعى ظهور الكلام ولو بلاقرينة فى ذلك فهو ليس اقراراً قطعا - و ان كان المفهوم منه عرفا انه بصدد الاخبار عن الحق مشروطا - فان شهد كان اقرارا لان الاقرار بالملازمة اقرار بالتالى مع فرض وجود المقدم و لايعتبر الصراحة فى الاقرار - و ان لم يشهد لم يكن اقراراً قطعا - وماذكر من الوجوه مغالطات واضحة (اماالاول) فلانه وان لم يكن دخل للشهادة فى ثبوت المقربه فى الذمة فى نفس الامر لكنها دخيلة فى الاخبار بالثبوت لان الفرض ان الاخبار مشروط - فهو كالانشاء على تقدير فكما انه مع عدم ذلك التقدير لايكون المنشأ فعليا كذلك فى الاخبار (و اماالثانى) فلان الميزان ليس هو الثبوت النفس الامرى كى يتم الحصر المزبور - بل الاخبار بالثبوت و هو اخبار على تقدير دون آخر فالثبوت على تقدير الشهادة لايستلزم ثبوته على تقدير عدمها (و اما الثالث) فلان الثبوت فى الذمة ليس مناط الاقرار بل الاخباربه - فالاظهر انه على تقدير عدم الشهادة لااقرار - وبما ذكرناه يظهر مافى كلمات القوم فى المقام .

مايعتبر فى المقر

الثانى المقر قالوا (**ويشترط فى المقر - التكليف والحرية**) و الاختيار و جواز التصرف بلاخلاف فى شىء من تلكم بل عليها الاجماع عن التذكرة .

يشهد للاول حديث (١) رفع القلم المتقدم فى الابواب السابقة و للثانى

١ - الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات - و باب ٣٦ من ابواب القصاص فى النفس .

مادل (١) على عدم مالكية العبد فانه حرلا يكون اقرارا على نفسه ـ وللثالث حديث (٢) رفع مااستكره عليه ـ وللرابع مادل (٣) على حجره .

وعلى هذا فلا يقبل اقرار الصبي بمال ولا عقوبة وان بلغ عشرا ـ ان لم يجز وصيته و وقفه وصدقته والا قبل اقراره بها ـ لقاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به التي استند اليها الاصحاب لصحة اقراره بما يصح منه ـ والظاهر كونها قاعدة مستقلة غير قاعدة الاقرار و مدركها الاجماع وتسالم الاصحاب ـ بل وعليها بناء العقلاء ولم يردع الشارع الاقدس عنها ـ و انما لا نقيد اطلاقها بحديث رفع القلم عن الصبي من جهة الاجماع على ذلك على فرض صحة الوصية والعتق والوقف منه ـ ولا اقرار المجنون الا من ذوى الدور وقت الوثوق بالعقل ـ ولا من العبد (و) لكن (يتبع العبد باقراره بعد العتق) ولا من المكره ـ لان حديث الرفع اسقط حكم اقراره ـ ولخبر (٤) ابى البختري عن جعفر عن ابيه عليهما السلام ان عليا (ع) قال من اقر عند تجريد اوحبس او تخويف او تهديد فلا حد عليه ـ ولا من السفيه في ماله لكونه محجورا عن التصرف في ماله ولا من المفلس لانه بعد تعلق حق الغرماء بالمال يكون ذلك بالنسبة الى المال من قبيل الاقرار على الغير فلا يكون نافذا ـ ولكنه انما لا يثبت في ماله ـ ويثبت في ذمته كما مر في مبحث المفلس .

بيان مايعتبر فى المقر له

الثالث المقر له (و) قد طفحت كلماتهم بانه يشترط (في المقر له اهلية التملك) اذ مع عدمها يلغو الاقرار فلا عبرة به فلو اقر بشيء لجماد بطل .

١ـ الوسائل باب ٢ من الحجر ـ وباب ٧٨ و ٧٩ من ابواب الوصايا

٢ـ الوسائل باب ٥٦ من ابواب الجهاد في النفس .

٣ـ الوسائل باب ١ و ٥ من ابواب الحجر ـ

٤ـ الوسائل باب ٧ من ابواب كتاب الاقرار

فهل يقبل الاقرار للحمل ام لافيه تفصيل - اذتارة يبين سببا يفيد الملك له كوصية اوارث يمكن فى حقه - و اخرى يبين سببا لايفيد الملك له كالجناية و المعاملة معه و ماشاكل - و ثالثة لايبين سببا .

امافى الصورة الاولى فالظاهر صحة اقراره لانه يملك وان كان استقرار ملكه له مشروطا بسقوطه حال حياته - فلوقال ان للحمل دينا فى ذمتى لوصية مثلا - ملك الحمل ذلك بالفعل - وان لم يكن مستقرا وليس من قبيل الاقرار على حق ثابت فى المستقبل - لفرض مالكيته - و يمكن ان يقال انه اقرار بوصية اوسبب للارث و هما امران سابقان على الاقرار .

واما فى الصورة الثانية فالوجه الصحة عند المصنف ره والمحقق والشهيدين وسيد الرياض بل نسبه ثانى الشهيدين الى الاكثر - قالوا نظرا الى مبتدأ الاقرار و الغاء مايبطله نحو غيره من صور تعقيب الاقرار بالمنافى - واورد عليه - بان الكلام كالجملة الواحدة ولايتم الا بآخره وقدنافى اوله فلاعبرة به كالاقرار المعلق على الشرط - واجابوا عنه - بان كون الكلام كالجملة الواحدة يتم فيما هو من متمماته كالشرط والصفة لا فيمالا تعلق به بل ينافيه ومن ثم اجمعوا على بطلان المعلق دون المعقب بالمنافى (اقول) قد مران الميزان فى الاقرار هو الظهور العرفى للكلام - وعليه - فمادام لم يتم المتكلم كلامه لاينعقد لكلامه ظهور لاحتمال ذكر القرينة الصارفة واذاتم كلامه يكون مايستفاد منه هو المعيار والميزان - فاذا اقر بملكيته للحمل وقرنه بذكر السبب غير المفيد للملك له كان المقربه هو الملكية الخاصة لا المطلقة - لانه لم يقربها بل بحصة خاصة منها وهى الملكية المسببة عن سبب خاص والمفروض عدم امكان تحققها للحمل - فما اقربه ممتنع الحصول فلايصح اقراره هذا -

واما فى الصورة الثالثة - فالمتجه هى الصحة كما هو المشهور بين الاصحاب للاكتفاء فى الاقرار بامكان الصحة و بعبارة اخرى انه ينزل الاقرار على الاحتمال الصحيح وعن المبسوط انه نقل عن بعض الحكم بالبطلان ولم يعرف قائله - نعم - عن

الفخر فى ايضاحه البناء عليه - وان حكي عنه فى شرح الارشاد نسبة الصحة الى الاصحاب مشعرا بدعوى الاجماع عليها (و استدل له) بـان الحمل لا يملك حقيقة وانما يوجد سبب يصلح للتمليك فاذا لم يقر به لم يصح - وبان - الملك فى صورة صحته مشروط بسقوطه حيا فقبله لا يعلم الصحة بل هو مراعى فكان جانب عدم الصحة اولى على التقديرين (ولكن) يتوجه على الاول - ان الحق ما لكية الحمل ملكية غير مستقرة مشروطا استقراره بسقوطه حيا - مع - ان مقتضى حمل الاقرار على الصحة كحمل ساير افعال العاقل - حمله على ارادة السبب الصالح للملك فالاقرار بالملك اقرار بالسبب الصحيح المملك - وعلى الثانى ان قبل سقوطه حيا يعلم بالصحة مراعاة بسقوطه حيا - فالاظهر الصحة -

المقر به ومايشترط فيه

الرابع المقر به - وهو اما مال او نسب او حق - وقدمر ان الاظهر جواز الاقرار فى الجميع لعموم دليله **(ولو قال له على مال فان فسر المقر به بما يملك قبل وان قل)** بلا خلاف بل عليه الاجماع فى محكي التذكرة وهو الحجة مضافا الى اصالة البرائة عن الزايد بعد صدق المال على القليل والكثير **(ولو لم يفسر)** قيل وان امتنع عن البيان **(حبس عليه)** حتى يبين الا ان يدعى النسيان ويقبل - على تفصيل ياتى فى كتاب القضاء مفصلا - ومنه يظهر ضعف ماقيل من عدم الحبس - ولو فسره بمالم تجر العادة بتموله كقشر الجوزة واللوزة و ماشا كل - قيل لم يقبل لعدم صدق المال عليه فضلا عن انصراف اطلاقه اليه على وجه يثبت فى الذمة بل نسب ذلك الى المشهور وعن التذكرة والروضة قبوله اذ المال اعم من غير المتمول لان كل غير متمول مال ولا عكس (اقول) لا اشكال فى ان المال غير الملك اذرب مال ليس بملك كالمباحات الاصلية و ملك ليس بمال مثل مالا يصدق عليه المال لقلته - وعليه فان قال على مال وفسره بذلك لم يقبل ولو قال على شيء وفسره به قبل - والظاهر ان مورد كلام المصنف ره هو الثانى على

مايظهر من تعليله وقدصرح به في محكى الروضة .

(ولو قال) على **(الف درهم)** الزم بالدرهم و **(قبل تفسيره في الالف)** الذي هو مجمل بلاخلاف فيه - وفي قبول تفسيره بماشاء **(ولوقال الف وثلاثة دراهم اومائة و عشرون درهما)** اوماشا كلهما من الاعداد المتعاطفة المتخالفة في التميز المتعقبة لها بحسب الافراد والجمع و الجرو النصب **(فالجميع دراهم)** كما هـو المشهور بين الاصحاب لان المفسر لووقع بين المبهمين واكثر يعود الى الجميع - كمايظهر من ملاحظة موارده لاحظ قوله تعالي (١) انهذا اخي له تسع وتسعون نعجة - والخبر - انرسول الله ﷺ توفي وهو ابن ثلث وستين سنة و عـن المختلف ان المميز في المثالين ونظائرهما كما يحتمل رجوعه الى الجميع يحتمل رجـوعه الـى الاخير - وعليه فالمتيقن الثابت هو الرجوع الي الاخير وفيما قبله يعامـل معه معاملة المبهم فله انيفسره بماشاء وعن الاردبيلى الميل اليه - ولكن يتوجه عليه (اولا) انـه لايحتمل ذلك بعد كون تعدد التميز - كمالوقال له على الف درهم - وعشرون درهما - مستهجنا ويعد التميز الاول زايدا غير محتاج اليه - وثانيا - ان الاحتمال لاينافي الظهور العرفي ولو بواسطة الاطلاق في الرجوع الى الجميع .

(ولوقال) له على **(كذا درهما ف)** في المتن وعن الشيخ ره وابن زهره انـه يلزمه مع النصب **(عشرون درهما)** لان اقل عدد مفرد ينصب مميزه عشرون اذفوقه ثلاثون الى تسعين فيلزمه الاقل لانه المتيقن - وفيه - انه يمكن جعل درهما - منصوبا على التميز كمالوقال شيء درهما - لايقال - انه قدادعى اجماع الادباء على انه كناية عن العدد بل عن المهذب البارع لم يوجد في كلام العرب غير ذلك - فانه يقال ان مدعى الاجماع نفسه اعترف بانه يستعمل عرفا في غير العدد وقدمر ان العرف يقدم في هذا الباب ثـم ان ذلك كله اذاكان المتكلم عارفا بان الادباء اتفقوا على كونه كناية عن العدد - والا فالامر اوضح كما لايخفى .

١- ص آية ٢٣

(ولوقال) له‌على (كذا درهم ف) عن الشيخ والسيد والمصنف ره - انه‌يلزمه (مائة) اذاكان الدرهم مجرورا - لان اقل عدد مفرد مميزه مجرور - المائة اذفوقه الالف فيحمل على الاقل - ولكن يتوجه عليه ان الجر يحصل باضافة الجزء فلاوجه لحمله على الدرهم الكامل بل‌يثبت به‌جزء الدرهم واليه يرجع في تفسير الجزء - والتقدير جزء درهم وكذا كناية عن الجزء - ولوجعل الدرهم مرفوعا فلاكلام‌ظاهرا في انه‌يلزمه درهم‌بجعله بدلاعن كذا .

(ولوقال) له‌على(كذا كذادرهماف) المتجه هولزوم درهم‌واحد لان الظاهر منه ارادة التاكيد - فيجرى فيه‌ما سبق ولكن الجماعة المتقدم ذكرهم ذهبوا الى ان اللازم عليه (احد عشر) درهما - لان‌اقل عدد مركب مع غيره ينتصب بعده المميز احدعشر اذفوقه الاثنى عشر الى تسعة عشر فيلزمه الاقل - والجواب مامر .

(و) لوقال (كذا وكذا درهما) بان كرر كذا - وذكر حرف العطف (ف) عن من تقدموا - يلزمه (احدى و عشرون درهما) لانه‌اقل عددين عطف احدهماعلى الاخر وميزا بدرهم منصوبا اذفوقه اثنى وعشرون الى تسعة وتسعين - ويضعف بمامر - والحق عدم لزوم ازيد من‌درهم واحد - لانه‌ذكرشيئين ح و ميزاهما بدرهم فكانه قال‌شيء وشيء همادرهم‌لان كذاحيث‌يحتمل لماهو اقل من‌درهم فيجوز تفسير المتعددمنه وان كثر بالدرهم وفي‌المثال قولان آخران - احدهما لزوم‌درهمين عليه لانه‌ذكر جملتين كل واحدة منهمايقع‌على الدرهم‌ويكون كناية‌عنه‌فيكون‌الدرهم‌تفسير الكل واحد منهما ثانيهما انه‌يلزمه‌درهم وزيادة يرجع فيهااليه‌لان الدرهم فسر الجملة‌الاخيرة‌فتبقى‌الاولى على اجمالهافيفسرهابماشاء - وقدظهر ممااسلفناه‌ضعفهما - كماانه‌قدظهر مماقدمناه‌مافي‌قول المصنف‌ره (هذامع معرفته والافله التفسير) فلاحاجة الى بيانه .

تعقيب الاقرار بماينافيه

(و) اما اللواحق فثلاثة - الاول - في تعقيب الاقرار بماينافيه ف (**لوقال لك على مائة مؤجلة اومن ثمن خمراو مبيع لم اقبضه اوابتعت بخيار ف)** عن جماعة منهم المصنف ره ان (**القول قول الغريم مع اليمين**) وتفصيل الكلام .

اما في الفرع الاول - فلااشكال في انه بالاقرار يلزمه المائة - وح ان لم ينكر الغريم الاجل فلاكلام وان انكره - فان كان وصف التاجيل منفصلا عن الكلام المتقدم ولو بسكوت طويل فلاخلاف بينهم في ان الدين حال وقول الغريم مقدم لان دعوى التاجيل دعوى اخرى والمدين مدع فيها بلااشكال وان وصله به فظاهر العبارة وكذا عبارة المحقق في النافع - انه كك وهو المحكى عن صريح الشيخ والقاضي وعللوه بان دعوى الاجل زايدة عن اصل الاقرار فلاتسمع كما لو اقر بالمال ثم ادعى قضائه - ولكن المشهور بين الاصحاب سيما المتاخرين - انه يقبل قوله ويقدم على قول غريمه فلايكون الدين حالا - و هو الاظهر لما مر من ان الاقرار انما هو بلحاظ ظهور الكلام ومعلوم انه لاينعقد للكلام ظهور مادام المتكلم مشغولا بقوله ان يلحق بكلامه ماشاء من اللواحق - وان شئت قلت ان المقر به بحسب ظهور الكلام هو الدين المؤجل فلايثبت به الحصة الاخرى من الدين اي الدين الحال - ويؤيده ماقيل انه لولا قبول ذلك منه لادى الى انسداد باب الاقرار بالحق المؤجل واذا كان على الانسان دين مؤجل واراد التخلص فان لم يسمع منه لزم الاضرار به وربما كان الاجل طويلا بحيث اذا علم عدم قبوله منه لايقر باصل الحق خوفا من الزامه حالا والاضرار فيؤدى تركه الى الاضرار بالحق وهذا غير موافق للحكمة الالهية - والصحيح كان امير المؤمنين عليه السلام لاياخذ باول الكلام دون آخره .

واما الثاني - فلو قال له على مال ثم قال منفصلا عنه من ثمن خمر غير محترمة او خنزير لايقبل منه الثاني ويثبت عليه المال اجماعا كما عن التذكرة ووجهه ظاهر - ولو وصله

بكلامه الاول فالمشهور بينهم ايضا ذلك بل عن نهاية المرام نسبته الى علمائنا (واستدلوا) له باقتضاء ذلك سقوط الاول لعدم صلاحية الخمر و كذا الخنزير مبيعا يستحق به الثمن فی شرع الاسلام (وهو) انما يتم مع عدم احتمال الجهل بذلك فی حق المقر - واما مع احتماله فلا لان الاقرار مبنی على اليقين فكلما لم يتيقن لم يلزم بشیء ولايخرج عنه بالظن و غيره و يسمع فيه الاحتمال و ان كان نادرا كما افاده المحقق الاردبيلی ره (وما) فی الجواهر من انه لو صح ذلك لانسد باب الاقرار (يدفعه) ان الاحتمال ان لم يكن له منشأ عقلائی لايعتنی به ولايلزم منه ما ذكر وان كان له ذلك لايلزم منه انسداد باب الاقرار.

واما الثالث فان وصل قوله من مبيع لم اقبضه بقوله له علی مال - فعن المبسوط والخلاف ونهاية المرام والمسالك والكفاية وغيرها انه يقبل قوله - وذهب المصنف ره والمحقق والشهيد الى انه يقدم قول الغريم وهو المحكی عن يحيی بن سعيد والحلی وعن غير واحد من المتاخرين واستدلوا للثانی بمنافاة الثانی للاول - وقد ظهر ضعفه مما قدمناه - ومنه يظهر اقوائية الاول - نعم - لو انفصل صح ما ذكر كما مر.

واما الرابع وهو ما لو قال لك علی مائة من مبيع ابتعت بخيار فقد قالوا انه يلزم بالمائة - للتنافی بين قوله علی - وقوله بخيار اذ مقتضی الاول ثبوت الثمن فی الذمة ووجوب ادائه اليه فی جميع الاحوال ومقتضی الثانی عدم استقراره فيها لجواز الفسخ وعدم وجوب ادائه اليه مطلقا (وفيه) ان الثانی لاينافی الاول بل يبين كيفيته اذ لامنافاة بين ثبوته فی الذمة غير مستقر وعليه فحيث ان المدار فی باب الاقرار على الظهور العرفی ولاينعقد للكلام ظهور ما دام للمتكلم ان يلحق بكلامه ما شاء من اللواحق - فالاظهر قبول قوله كما عن المبسوط والخلاف و القاضی والمسالك والروضة وسيدی المدارك و الرياض والمحقق الاردبيلی وغيرهم -

الاستثناء المتعقب للاقرار

الثانی - فی بيان احكام الاستثناء المتعقب للاقرار - لاخلاف عندنا فی جريان

الاستثناء فى الاقرار بل الاجماع بقسميه عليه كما فى الجواهر (و) يترتب عليه - انه (يحكم بمابعد الاستثناء) - نعم يعتبر عندنا الاتصال العادى بان يصح فى الاستعمال عادة وعن ابن عباس والحلى تجويزه الى شهر وحملاه على قبول خبره الى تلك المدة -وضعفه ظاهر -

ثم ان قواعده و ان كانت كثيرة الا انه تعارف بينهم ذكر قواعد ثلاث فى هذا المقام .

١- ان الاستثناء من الاثبات نفى ومن النفى اثبات وفى المسالك ان الاول موضع وفاق بين العلماء وهو ظاهر- واما الثانى فقد اشكل عليه بعضهم نظرا الى ان بين الاثبات و النفى واسطة فلا يلزم من انتفاء النفى اثبات الاثبات لجواز التوقف - وينتقض ذلك بالاستثناء من الاثبات -وتمام الكلام فيه فى الاصول.

-٢- المشهور بين الاصحاب جواز الاستثناء من الجنس المعبر عنه ب(المتصل) و من غير الجنس (و) هو الذى يقال له (المنفصل) تارة و المنقطع اخرى - اما جواز الاول فواضح - و اما الثانى فيشهد به وقوعه فى الكتاب و فصيح اللغة - قال الله تعالى (١) « و لاتاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض » وقال سبحانه (٢) « فسجدوا الا ابليس كان من الجن » - و قال (٣) عز من قائل «لايسمعون فيها لغوا ولا تأثيما الا قيلا سلاما سلاما» الى غير تلكم من الموارد - وهل هو ح على وجه الحقيقة او المجاز - فيه خلاف لايهمنا فى المقام البحث عنه (ثم ان) مرادهم من الجنس كون المستثنى داخلا فى المستثنى منه لولا الاستثناء -ومن غيره عدم دخوله وبذلك اندفع ما فى المسالك قال اطلاق الاستثناء المنقطع على كونه من غير الجنس لايخلو من مناقشة مشهورة لان مثل قوله جاء بنوك

١- النساء آية ٢٩

٢- الكهف آية ٥٠

٣- الواقعة آية ٢٦

الابنوزيد منقطع من ان الاستثناء من الجنس انتهى (**ويسقط**) فى الاستثناء المنقطع (**بقدر قيمة المنفصل**) فلو قال له على الف درهم - الا ثوبا - يسقط بمقدار قيمة الثوب عن الالف درهم.

٣- ذهب المحققون من الاصوليين والاكثر الى انه يصح الاستثناء اذا بقى بقية قلت او كثرت كما فى المسالك - وذهب جماعة الى اعتبار ان يكون الباقى من المستثنى منه اكثر من النصف - والاصح انه يصح مطلقا و انما يستهجن استثناء الاكثر وهذا لايضر بالحمل عليه فى باب الاقرار كما مر وانما الايلتزم به فى كلام الشارع الاقدس - وبه يندفع الايراد على الاصوليين - بانهم ذكروا فى المقام ان الاستثناء يصح وان كان الباقي قليلا - وفى الاصول بنوا على عدم صحة استثناء الاكثر.

(**و**) يتفرع على القاعدة الاولى انه اذا ذكر استثنائان وكان الثانى بقدر الاول رجعا جميعا الى المستثنى منه ف (**لوقال**) له على (**عشرة الاثلاثة الاثلاثة لزمه اربعة**) فان الظاهر فى صورة تعدد الاستثناء اذا كان متعاطفا اوكان الثانى مستغرقا لما قبله سواء زاد عليه اوساواه رجوع الجميع الى المستثنى منه - هذا اذا لم يحصل بالاستثناء المتعدد استغراق المستثنى منه والابطل مايحصل به الاستغراق - كما لوقال فى المثال له عشرة الاثلاثة الاسبعة فيبطل استثناء سبعة وتثبت تلك كما هو واضح.

ويتفرع على الثالثة - ماقاله المصنف ره (**والوجه بطلان الاستثناء فى درهم ودرهم الادرهما**) - اذ المختار عند جماعة من المحققين ره ان الاستثناء الواقع بعد جمل متعددة يرجع الى الجملة الاخيرة وعليه فالاستثناء مستغرق فيكون باطلا - ولو قلنا بان الاستثناء الواقع بعد جمل متعددة يرجع الى الجميع فهل يصح الاستثناء فى المثال ويثبت درهم واحد لانه ح فى قوة قوله له درهمان الا درهما كما فى الشرايع - ام يبطل ايضا كما عن الشيخ والحلى والمصنف هنا وغيره وجماعة من جهة استلزام صحة الاستثناء ح التناقض والرجوع عن الاعتراف لورود الاقرار على الدرهم بلفظ يفيد النصوصية فلم يصح اخراج احدهما بعد ان نص على ثبوته وجهان - اظهرهما الاول

وذلك يظهر بعد ملاحظة انه لاخلاف ولا اشكال في انه لو قال ـ له على درهم الا نصفه ـ يكون صحيحا ـ ولعل سره ان التجوز عن نصف الدرهم بدرهم صحيح ـ فانه على هذا يقال في المثال انه كانه استثنى من كل درهم نصفه ـ ونصفا درهم درهم ـ بل يمكن ان يقال بصحة الاستثناء حتى على المسلك الاول فان رجوع الاستثناء الى الجملة الاخيرة خاصة دون الجميع ـ انما هو فيما اذا لم يستغرق واما معه فيجب العود الى الجميع ـ فيجرى فيه ماذكرناه .

(و) من متفرعات الاولى انه (لو قال) له على (عشرة الا خمسة الا ثلاثة) بان كان الاستثناء الثاني غير معطوف على الاول وكان اقل من سابقه فانه ح يعود الى متلوه لا الى المستثنى منه ـ ففي المثال (يلزمه ثمانية) .

(و) منها ما (لو قال عشرة بنقص واحدة لم يقبل) بل يلزم بالعشرة على المشهور (واستدلوا) له ـ بانه رجوع عن الاقرار وذكروا في وجه الفرق بينه وبين الاستثناء وقوع الاتفاق على قبوله لوقوعه في فصيح الكلام بخلاف غيره من الالفاظ المتضمنة للرجوع عن الاقرار ـ وبان بنقص في المثال جملة اخرى منفصلة عما سبقها فيكون كالمنافي لها فلا يسمع وهذا بخلاف الاستثناء فانه مع المستثنى منه يعدان جملة واحدة يكون الاستثناء جزء منها لا يمكن فصله عنها (ولكن) يتوجه على الاول ان قبول الاستثناء ليس للاجماع بل من جهة ان الاستثناء من الاثبات نفي ولازم ذلك ظهور مجموع الكلام الملغى في كونه اقرارا بغير ما اخرجه به وهذا يجرى في المثال ايضا ـ وعلى الثاني انه لا عبرة بكون الجملتين واحدة ام متعددة بل الميزان في باب الاقرار هو الظهور العرفي ومن المعلوم ـ انه لا ينعقد للكلام ظهور مادام كونه مشغولا به وله ان يذكر القرينة الصارفة ولو كانت بجملة اخرى (فالاظهر) انه يقبل مع الاتصال ويلزمه التسعة ـ وعن سيد المدارك انه احتمل ذلك قويا لان الكلام انما يتم بآخره ـ

جملة من فروع الاقرار

الثالث في جملة من فروع الاقرار -١- (**ولو قال هذا لفلان بل لفلان كان للاول وغرم للثاني**) لانه صار لمن اقر له اولا فباقراره اتلف على الثاني ماله الذي اقر به ثانيا هكذا استدل له (ولكن) بما ان بل للاضراب - وان الانسان قد يسهو وقد يغلط فيستدرك ببل - فالاظهر كونه للثاني خاصة لعدم انعقاد الظهور التام لاقراره للاول مادام كونه مشغولا بالكلام وبعد ذكر بل الذي هو قرينة على الاشتباه والخطاء - فلا يصدق على ماذكره اولا الاقرار بكونه للاول .

٢- (**و يرجع في النقد و الوزن والكيل الى عادة البلد**) لان الالفاظ في الاقرار تحمل على مايفهم منها بحسب المتفاهم العرفي في المحاورات وليس الاذلك (**ومع التعدد**) يرجع (**الى تفسيره**) بلاخلاف ولو تعذر الرجوع اليه حمل على الاقل لانه المتيقن.

٣- (**ولو اقر بالمظروف لم يدخل الظرف**) اخذا بالمتيقن فلو قال لزيد عندي ثوبا في منديل او زيتا في جرة اوحنطة في سفينة وماشاكل - لم يكن اقرارا بالظرف- لاحتمال ان يكون مراده - في ومنديل وجرة وسفينة لي - وكذا العكس كما لو قال لزيد عندي غمد فيه سيف - يكون اقرارا بالظرف دون المظروف .

٤-(**ولو قال**) له على (**قفيز حنطة**) مثلا- (**بل قفيز شعير**) فالمشهور بينهم - انه (**لزمه قفيزان**) ويجري فيه ماذكرناه في الفرع الاول وعليه فلا يلزمه الاقفيز شعير (**ولو قال قفيز حنطة بل قفيزان لزمه اثنان**) بلاخلاف بينهم بل ولا اشكال على مامر منا- واما على ماذكروه في الفرعين من حمل بل على غير الاضراب - فغاية مايمكن ان يستدل به لهم ظهور اللفظ في ارادة دخول الاقل في الاكثر - وهو وان كان تاما - الاان لازمه البناء في الفرعين السابقين على ماذكرناه .

٥- (**ولو قال اذا جاء رأس الشهر فله على الف اوبالعكس**) بان اخر الشرط

وقال له على الف اذا جاء رأس الشهر (لزمه الف) اما لزوم الالف عليه فى الجملة - فان قلنا بان الاقرار لايختص باخبار ثبوت حق عليه فـى السابق فواضح بعدما عرفت من ان التعليق لايضربه - وان قلنا بالاختصاص فان علم من قصده وعرف من كلامه ارادة وجود السبب الفعلى للاستحقاق له بعد مجيء رأس الشهر بان نذر له مثلا - صدق عليه الاقرار وشمله دليله - وان علم منه انه يخبر عن تحقق السبب فى ذلك الوقت بان يكون بانيا على التذر له بذلك - فهو وعد لا اقرار فلا يشمله حكمه. وان اطلق ولم يعلم احدهما فيقبل قوله فيه كما لايخفى - واما عدم الفرق بين تقديم الشرط وتاخيره فهو المشهور بين الاصحاب و وجهه انه لافرق بينهما فى العرف واللغة وان الشرط وان تاخر لفظا فهو متقدم معنى - (فما) عن التحرير من الفرق بينهما - ضعيف - كما انه قد ظهر مما ذكرناه ضعف ما عن المصنف ره فى القواعد و غيرها و الشهيد و الكركى و غيرهم - من ابتناء المسألة على ظهور اللفظ فى كـونه تعليقا او تاجيلا فعلى الاول يبطل و على الثانى يصح .

ثم ان المشهور بين الاصحاب انه لافرق بين التعليق على رأس الشهر - اوقدوم زيد مثلا - ولم يخالفهم احد الا المصنف ره فى المقام حيث قال (**بخلاف ان قدم زيد**) والاول اظهر لانه لافرق فيما ذكرناه بين المثالين نعم على القول الاخر قد يقال - ان التعليق على قدوم زيـد صريح فى التعليق بخلاف التعليق على مجيء رأس الشهر فانه ظاهر فى التاجيل ولا اقل من احتماله - وهو كماترى .

٦-(**ولو ابهم الجمع حمل على اقله**) لانه القدر المتيقن الثابت وفى الزايد عليه يرجع الى اصالة البراءة فلو قال له على دراهم - حملت على الثلاثة بناء على انها اقل الجمع - اللهم الا ان يقال انه حيث ان القوم قد اختلفوا فى ان اقل الجمع هو الثلاثة - او الاثنان - ويحتمل ان يكون المقر ممن يرى كونه اثنين - فيقبل دعواه لو اخبر بانه من القائلين بذلك كما عن الدروس - بل يتعين الحمل عليه وان لم يدعه فانه المتيقن الثابت والزايد مشكوك فيه يرتفع بالاصل .

٧- (ولو ابهم المقرله) كما لو قال لاحد هذين هذه الدار قبل منه اذ كما يسمع الاقرار بالمجهول كذلك يسمع الاقرار للمجهول ثم (الزم بالبيان فان عين قبل) نحو ما مر في الركن الرابع فانه ح ذو يد ولو للاصل ينفذ اقراره (و) ح (لو ادعاه الاخر كانا خصمين) الان من اقر بها له ذو يد فيكون داخلا والاخر خارجا فيترتب عليهما حكم دعوى الداخل والخارج الاتي في كتاب القضاء مفصلا (ولو) ادعى الاخر علم المقر بانها له (له اليمين على عدم العلم) وان ادعى عليه البت بان قال قد غصبته مني - له اليمين على البت - وانما توجه عليه اليمين لانه لو اقر له تبعه بالغرم.

٨- (ولو ابهم المقر به ثم عين) قبل كما عرفت مفصلا - و ح (فان انكره المقر له) وادعى الاخر (انتزعه الحاكم) من المقر الى ان يظهر مالكه لانه ولي من لا ولي له (او اقره في يده بعد يمينه) لانه مكلف بايصاله الى مالكه بدس ونحوه - وبالحلف يسقط دعوى المقر له.

٩- (ولو انكر المقر له بالعبد قال الشيخ رضي الله عنه يعتق وفيه نظر)

١٠- (ولو ادعى المواطاة على الاشهاد كان له الاحلاف)

في الاقرار بالولد

بقي في المقام (مسائل الاولى يشترط في الاقرار بالولد) مضافا الى ما تقدم اعتباره امور ثلاثة (امكان البنوة - والجهالة - وعدم المنازع) بلا خلاف في شيء من تلكم وان اختلفت تعبيرات القوم عنها - اقول ان الاخبار الواردة في ثبوت النسب بالاقرار وان كانت مطلقة - لاحظ خبر (١) السكوني عن جعفر (ع) عن ابيه (ع) عن علي (ع) اذا اقر الرجل بالولد ساعة لم ينف عنه ابدا - وصحيح (٢) عبد الرحمان بن الحجاج عن ابي عبدالله (ع) عن المرئة تسبى من ارضها ومعها الولد الصغير فتقول هذا ابني و الرجل

١- الوسائل - باب ٦ - من ابواب ميراث ولد الملاعنة حديث ٤

٢- الوسائل - باب ٩ - من ابواب ميراث ولد الملاعنة - حديث ١

يسبى فيلقى اخاه فيقول هواخى وليس لهم بينة الى ان قال فقال سبحان الله اذا جائت بابنها او ابنتها ولم تزل مقرة واذاعرف اخاه وكان ذلك فى صحة منهما ولم يزالا مقرين ورث بعضهم من بعض ونحوهما غيرهما (ولكن) مدرك اعتبار القيدين الاولين - انه مع عدم الامكان او المعلومية يكون مخالفة الاقرار للواقع معلومة فلايكون مثبتا لان طريق الاثبات انمايكون طريقا مع احتمال المصادفة واما مع القطع بالخلاف فلا مورد له واما القيد الثالث فلانه اذاكان هناك مدع آخر فلا محالة يتعارض الاقراران - فيتعين الرجوع الى القرعة ان لم يكن لاحدهما بينة - والنصوص (١) الواردة فى وطء الشركاء الامة المشتركة مع تداعيهم جميعا فى ولدها شاهدة بذلك .

(ولايشترط تصديق الصغير) بلاخلاف فيه وعن جامع المقاصد الاجماع عليه - لاطلاق الادلة - بل (ولايلتفت الى انكاره بعد البلوغ) لثبوت النسب قبل البلوغ ولا ينتفى بانكاره (و يشترط) التصديق (فى الكبير) كما عن المبسوط وجميع من تاخروا عنه فان مادل على ثبوت البنوة بالاقرار مختص بالولد الصغير وفى الكبير لابد من الرجوع الى عمومات الاقرار وهى تقتضى ثبوت النسب من جهة المقر خاصة واما من جهة الولد فهو اقرار فى حق الغير ولايكون جائزا فيعتبر تصديقه - ثم على فرض تصديقه انما يثبت بالاقرارين خصوص البنوة والابوة دون حواشيهما . لكونهما من قبيل الاقرار فى حق الغير الا ان يكون قولهما واجدا لشرائط الحجية - لايقال ان هذا الوجه يقتضى عدم ثبوت حواشى البنوة والابوة كالجدودة والعمومة وماشاكل فى الاقرار بالولد الصغير - فانه يتوجه عليه انه خارج بالاجماع والنصوص الدالة على ثبوت البنوة بالاقرار التى من متفرعاتها العناوين الاخر .

هذا كله فى الاقرار بالولد (و) اما (فى غير الولد) فلااشكال فى اعتبار تصديق الاخر - والالزم نفوذ الاقرار فى حق الغير بلادليل خاص دال عليه (ومع تصديق غير الولد ولاوارث) لهما يتوارثان بلاخلاف - ويشهد به النصوص - منها مامر - ومنها

١ - الوسائل - باب ٥٧ - من ابواب نكاح العبيد والاماء

صحيح (١) الاعرج عن الصادق عليه السلام عن رجلين حميلين جيء بهما من ارض الشرك فقال احدهما لصاحبه انت اخي فعرفا بذلك ثم اعتقا ومكثا مقرين بالاخاء ثم ان احدهما مات قال عليه السلام الميراث للاخ يصدقان (**ولايتعدى التوارث الى غيرهما**) لعدم جواز الاقرار فى حق الغير ـ (**ولوكان له**) اى للمقر (**ورثة مشهورون**) فى نسبه (**لم يقبل فى النسب**) ولو تصادقا لان الارث ثابت شرعا للورثة المعروفين بنسبهم فاقراره بوارث آخر وتصديقه له يقتضي منعهم عن جميع المال او بعضه فهو اقرار على الغير ولا يكون نافذا ـ هذا فى غير الولد مما لا كلام فيه ولا خلاف .

واما فيه فان كان الولد صغيرا ـ فلا خلاف فى قبوله فيه واطلاق النصوص واجماع فقهاء الامة شاهدان به وانما الخلاف فى الولد الكبير ـ ومنشأه الاجماع على ثبوت النسب مع التصادق وان منشأه دليل الاقرار غير الشامل له ـ وايضا المتيقن من معقد الاجماع غير الفرض ـ والاظهر هو الثاني .

(**الثانية لو اقر الوارث باولى منه**) كما اذا اقر الاخ بولد للميت (**دفع ما فى يده اليه**) من المال لاقراره بانه اولى منه ـ فان قيل ـ ان الاقرار انما يثبت به عدم كون المال له فما المثبت لكونه للمقر له ـ قلنا ان مدركه اما قاعدة من ملك شيئا ملك الاقرار به التي هي قاعدة عقلائية ومجمع عليها ـ أو ما دل (٢) على انه يقبل اخبار ذى اليد عما تحت يده ـ أو انه اذا ادعى المقر له المال كانت دعواه من قبيل دعوى لا معارض لها فيشملها ما دل (٣) على انها تسمع ـ ولو كان المقر له (**مساويا له**) فى الميراث كما لو اقر الابن بابن آخر للميت (**دفع**) اليه (**بنسبة نصيبه من الاصل**) (**ولو اقر باثنين**)

١ـ الوسائل ـ باب ٩ـ من ابواب ميراث ولد الملاعنة حديث ٢

٢ـ وهي النصوص الواردة في الموارد المخصوصة بل يستفاد منها ان حجيته كانت امرا مفروغا عنه راجع رسالتنا القواعد الثلاث المطبوعة ص ٧٨

٣ـ الوسائل باب ١٧ من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء وباب ١٥ من ابواب كتاب اللقطة ـ وباب ٣٦ من ابواب الصيد .

دفعة (فتناكر الم يلتفت الى تناكرهما) لان استحقاقهما للارث انما ثبت فى حالة واحدة - ونسبة السبب اليهما على حد سواء ويثبت لكل منهما بنسبة نصيبه من الاصل و انكار الآخر لا اثر له (و) اما (لو اقر) اولا (باولى منه) كما لو اقرا لعم مثلا بالاخ - (ثم) اقر ثانيا (بأولى من المقر له) كالولد (فان صدقه) المقر له بالاول (دفع) المال (الى الثالث) كان المقران عدلين ام لم يكونا - نعم - ان كانا عدلين يثبت باقرارهما النسب ويترتب عليه جميع احكامه ولوازمه وملازماته (والا) بان اكذب الاخ العم فى كون المقر به ثانيا ولدا للميت - لم يدفع المال الى الثالث قطعا فان الثانى استحق المال بالاقرار الاول ولا يقبل الاقرار الثانى فى حقه لانه اقرار فى حق الغير بل يدفع المال بمقتضى الاقرار الاول (الى الثانى) - وهذا لا كلام فيه.

انما الكلام فى ما ذكروه من انه (يغرم للثالث) و ذكر وافى وجهه انه بالاقرار الثانى يجب عليه دفع المال الى الثالث - ولكن بما انه اتلفه عليه قبل ذلك بالاقرار الاول فيكون ضامناله - وبعبارة اخرى - ان الاقرار الثانى وقع بعد تعلق حق الغير به فلا ينفذ فيه فى نفس العين لكن ان ذلك لما كان من جهة اقراره الاول صار هو السبب للحيلولة - فيغرم للثالث وفى المقام موردان للبحث -١- انه ان تم ذلك لا بد وان يقيد بما اذا كان بعد دفع المال الى الثانى - اومع نفى الوارث غيره - والا فلو اقر باخوة شخص للميت ولم يدفع المال اليه ثم اقر بولدية شخص آخر فلا تنافى بين الاقرارين و لا يجب عليه الادفع المال الى الثالث ح ووجهه واضح -٢- انه اذا اقر بوارثية شخص دفع اليه المال ام لا - فقد خرج المال عن تحت تصرفه - فالاقرار الثانى بكونه لشخص آخر و انه الوارث دون الاول ليس اقرارا على نفسه ولا فيما يملك التصرف فيه - فما الوجه فى ثبوت الحق للثالث ولزوم الغرامة.

والذى يختلج بالبال عاجلا فى وجهه وان كان يحتاج الى تامل زايد امران (احدهما) ان قاعدة من ملك شيئا ملك الاقرار به جارية بعد زوال ملك التصرف ان كان اقرارا بشيء فى حال ملك التصرف كما يظهر من جماعة - منهم فخر الدين فى الايضاح فى مسألة اختلاف

الولى والمولى عليه بعدالكمال حيث رجح قول الولى وقال ان الاقوى على كل من يلزم فعله غيره يمضى اقراره بذلك الفعل عليه ـ ومنهم الشيخ فى ظاهر محكى مبسوطه حيث صرح بعدم ارث الزوجة فى مسألة اقرار المريض فى حال مرضه بالطلاق فى حال الصحة ـ اذ الظاهر انه لامستندله سوى عموم نفوذ اقرار المقر على ماملكه ولو فى الزمان الماضى ـ وعليه ـ فمقتضى هذه القاعدة انه يمكن الاقرار بكون المال للثالث و اذاثبت ذلك حيث انه اتلفه عليه باقراره الاول فهو الضامن له (ثانيهما) ان يقال ـ انه بالاقرار الثانى حيث انه انمايكون فى حين ما تلف المال انما يقر باشتغال ذمته ببدل المال وهذا اقرار على نفسه فيؤخذبه .

(ولواقرالولد بآخر ثم اقرابثالث) شاركهما فى الارث بالنسبة (و) ان (انكر الثالث الثانى) قالوا (كان للثالث النصف) لان ارثه ثابت باعتراف الاولين فهو احد الاثنين المتفق عليهما فيكون له النصف ـ وللاول الثلث لانه باعترافه احد الثلاثة فليس له الاثلث التركة (و) يبقى (للثانى السدس) و هويثبت له باعتراف الاول ولاادعاء للثالث بالاضافةاليه لانه يعترف بانه لايستحق اكثرمن النصف ـ وربما يشكل على ذلك بان الاول والثانى معترفان بان الثالث غاصب لسدس المال ـ فكما انه لو غصب شيئا من المال المشترك كان على الشريكين فكك فى المقام ـ فلابد من تقسيم النصف بينهما ـ و يمكن ان يقال بقسمة المال بينهم اثلاثا فان اقرار الاولين بثالث ليس الااقرارا باستحقاقه ثلث المال فلايستحق الابهذا المقدار ولا اثرلانكاره نسب الثانى (و) هذا هو الاظهر ـ فكمانه (لو كانامعلومى النسب لم يلتفت الى انكاره) كك مع عدم معلوميته.

(الثالثة يثبت النسب بشهادة عدلين) بلا خلاف لعموم مادل على حجية البينة (لابرجل و امرأتين ولابرجل ويمين) على قول وسياتى الكلام فيه مفصلافى كتاب الشهادات (ولوشهد الاخوان بابن للميت كان اولى منهما ويثبت النسب و لو كانا فاسقين يثبت الميراث دون النسب)و يظهر وجه

الجميع مماتقدم آنفا .

الفصل السابع في الوكالة

وهي استنابة في التصرف فيامر من الامور فيحال حياته - ويخرج بقيد في التصرف الوديعة فانها استنابة في الحفظ و بقيد في حال حياته تخرج الوصاية فانها استنابة بعدالموت.واما مافي المسالك من الفرق بين الوكالة و الوصاية بان الوصاية اعطاء ولاية - ففيهتامل ياتي الكلام عليه في كتاب الوصاية- واما الفرق بينهاوبين العارية فهوانهفي العارية ليس استنابة في التصرف ولايتصرف المستعير فيالعين نيابة عنمالكها وهو واضح - وكذا المضاربة و المزارعة والمساقاة - فان حقيقتها ليست استنابة كما مرفي ابوابها .

ولااشكال فيمشروعيتها وفيالجواهر بل لعله منضرورة الدين وقد يستدل لها بقوله (١) تعالى «فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة فلينظر ايها ازكى طعاما فلياتكم برزق منهوليتلطف» فانهذه وكالة - واحتمال كونه من الاذنلامن الوكالة -يدفعه انظاهره توكيل احدهم في الشراء بمالهم للجميع ولكنه مختصبالامم السابقة -ومع ذلك فليس فيالاية مايشهدبانها كانت مشروعةفيمذهبهم كييستصحب - واماقوله(٢) تعالى «اذهبوا بقميصي هذا فالقوه على وجه ابييات بصيرا» فعدم كونه وكالة ظاهر و يمكن ان يستدل لها (٣) بقوله عزوجل « انما الصدقات للفقراء و المساكين والعاملين عليها » و تقريب الاستدلال به كماعن التذكرة انهجوز العمل وذلك بحكم النيابةعن الشخص -وكيف كان فمشروعيتهامن الواضحات وعليهابناءالعقلاءوالنصوص الدالة عليها متواترة سياتي الىجملة منها الاشارة.

١- الكهف آية٢٠

٢- سورةيوسف آية٩٣

٣- التوبة آية٦٠

الوكالة من العقود

وتمام الكلام بالبحث فى مقامات (الاول) فى العقد ومايلحق به (و)فيه مسائل

١- المشهور بين الاصحاب ان الوكالة من العقود ف (لابدفيهامن الايجاب والقبول) و يتحقق ايجابها بكل مايدل على الاستنابة - و قبولها بكل مادل على الرضا بذلك (وان كان فعلااومتاخرا.)

و اورد عليهم فى ملحقات العروة- تارة- بانه لو قال و كلتك فى بيع دارى فباعه صح بيعه والظاهر ذلك وان غفل عن قصد النيابة وعن كونه قبولا لايجابه مع انها الوكالة من العقود لزم عدم صحة بيعه لعدم تمامية الوكالة قبله- واخرى- بانه ان كانت الوكالة من العقود لزم مقارنة القبول لايجابها مع انه يجوز توكيل من ليس حاضرا و يبلغه الخبر بعد مدة (ولكن) يتوجه على الاول -اولا - مامر فى كتاب البيع فى مبحث الفضولى - من ان العقد المقرون برضا المالك لايكون فضوليا كماذهب اليه الشيخ الاعظم ره -وثانيا انه بايجاب الوكالة وان لم تتم الوكالة الان الاذن المتحقق فى ضمنه يكفى فى جواز العقد وخروجه عن الفضولية- ويتوجه على الثانى ماتقدم فى كتاب البيع من ان الاظهر عدم مضرية الفصل الطويل بين الايجاب والقبول اذا كان الالتزام من الموجب باقيا (والحق) ان يقال ان حقيقة الوكالة كماعرفت هى الاستنابة فى التصرف فهى توجب صيرورة الوكيل نائبا و انطباق هذا العنوان على الوكيل من دون رضاه مناف لسلطنة الانسان على نفسه - فالاظهر كما افاده الاصحاب ان الوكالة من العقود - غاية الامر انها نظير العقود الاخر التى لم يدل دليل خاص على اعتبار لفظ - او لفظ خاص فيها - يكتفى فى ايجابها وقبولها بكل لفظ او فعل دال عليهما- ويصح ان يكون الايجاب بالقول و القبول بالفعل- فلو وكله فى بيع داره مثلا- فباعها قاصدا به قبول الوكالة يصح و يتحقق الوكالة بالبيع -وحيث ان حصول البيع والوكالة يكون فى زمان واحد يصدق عليه بيع الوكيل ويترتب عليه احكامه (ويترتب) على ماذكرناه انه لايكفى فى تحقق الوكالة الرضا الباطنى فى التصرف

بل لابدله من مظهر لما اشرنا اليه مرارا من ان بناء العقلاء و الشارع على عدم الاعتناء بالالتزامات النفسانية مالم تبرز - نعم - يكفى فى جواز التصرف العلم بالرضا الباطنى .

اعتبار التنجيز فى الوكالة

-٢- (و) المشهور بين الاصحاب انه يعتبر (التنجيز) فى الوكالة فلاتصح معلقة على شرط متوقع كقدوم الحاج اوصفة مترقبة كطلوع الشمس - وعن التذكرة الاجماع عليه - وفى المسالك مـن شـرط الوكاله وقوعها منجزة عندعلمائنا - وفى الجواهر الاجماع بقسميه عليه - وقدعلله بعضهم بما عللوبه لاعتبار التنجيز فى جميع العقود وقدذكرناه والجواب عنه فى كتاب البيع وعرفت هناك انه لادليل على اعتباره فيهاسوى الاجماع - ونفس ذلك يقتضى اعتباره فى المقام - (فما) فى ملحقات العروة من ان الاقوى صحتها لعدم الدليل على بطلانها وشمول الاجماع على اشتراط التنجيز فى العقود لمثل المقام غير معلوم (غير تام) اولا لانه بعد كونهامن العقود يشملها معقد ذلك الاجماع وثانيا - انه قدمر ان الاجماع قائم على اعتباره فى المقام بالخصوص - فلااشكال فيه كما لااشكال فى انه يجوز تنجيزها وتعليق التصرف على شرط اوصفة او اشتراط تاخير التصرف الى زمان كذا - كما هو المشهور بين الاصحاب بل عليه الاجماع عن التذكرة والمسالك وغيرهما.

انما الكلام فى انه اذا علق الوكالة على شرط وبطلت فهل يجوز التصرف بعد حصول الشرط كما عن التذكرة و غيرها - ام لايجوز كما عن جماعة. وجه الاول ان الفاسد بمثل ذلك هو العقد واما الاذن الموجود فى ضمنه فهو باق - وان الوكالة اخص من الاذن وعدم الاخص لايلازم عدم الاعم - ولكن يتوجه على الاول - ان الاذن الموجود انما هو الاذن بتصرف الوكيل لاغيره فمع بطلان الوكالة ينتفى الاذن ايضا - وعلى الثانى ان الاذن وان كان اعم من الوكالة الا ان الاذن الخاص الموجود فى ضمن التوكيل ليس اعم منها وبذلك يظهر مدرك القول الثانى - وهو الاظهر (وما) فى الجواهر من

ان الاذن والوكالة يشتركان في النيابة ولا فرق بينهما سوى انه ان ادى بصورة العقد كانت وكالة والا كان اذنا ـ فبطلان الوكالة لايوجب بطلان الاذن وحاصل ذلك يرجع الى ان العقد بالمعنى الاخص اوالاعم هنا من مشخصات الفرد التي مع انتفائها لاتنتفي الحقيقة ضرورة ان مشخصات زيد مثلا لو ارتفعت لم ترتفع الانسانية عنه (يندفع) بان ما افاده عبارة اخرى عن اعمية الاذن بمعنى انه نظير الفرد بالاضافة الى المشخصات والخصوصيات وحيث ان الموجودات الخارجية غير الافعال النفسانية والاولى لاتقبل التقييد بخلاف الثانية فكما له ان ياذن مع اشتراط شيء ولازمه انه مع عدم الشرط لا اذن كما اعترف به قبيل ذلك فكذلك له ان يقيد الاذن باقترانه مع الوكالة ـ ولايقاس ذلك بالموجود الخارجي غير القابل للتقييد وحيث ان المتيقن هو الاذن مع هذه الخصوصية اى الحصة الخاصة من الاذن ـ فثبوت الاذن مع انتفاء الخصوصية يحتاج الى كاشف آخر والى ذلك نظر فخر المحققين في الايضاح قال ان الكلي لايوجد الا في احد الجزئيات و ليس هذا الا الوكالة وقد ارتفعت انتهى (فالمتحصل) انه على فرض عدم صحة الوكالة لايجوز التصرف استنادا الى الاذن الضمني ـ نعم ان احرز وجود الرضا جاز التصرف لكنه خارج عن محل النزاع .

اعتبار العلم في الوكالة

٣ـ صرح غير واحد باعتبار العلم في الوكالة ـ قال الشيخ في محكي المبسوط اذا وكله في شراء عبد وجب وصفه ولو اطلق لم يصح وتبعه جماعة (وملخص) القول في المقام ـ ان المعلومية لها اطلاقان ـ احدهما مايقابل الترديد ـ ثانيهما مايقابل الجهل ـ اما بالاطلاق الاول فاعتبارها عقلي اذ المردد لاثبوت له ولايتعلق به شيء ـ واما بالاطلاق الثاني فلا دليل على اعتبارها الا فيما اذا اوجب نفيها الوقوع في الغرر والخطر ـ وعلى ذلك فان وكله في شراء شيء واطلق كان معنى ذلك كونه وكيلا في كل واحد من تلك الامور المختلفة لانه وكيل في احدها ـ فلا اشكال في الصحة اذ لا غرر ولا خطر ـ

واما لو وكله في احد شيئين على سبيل البدل - فان كانا متساويين في جميع الجهات فلا خطر ايضاً - وان كانا مختلفين فالظاهر ايضاً صحته من جهة ان الجهل في المقام لا يوجب الغرر اذ كون الشخص جائز التصرف في احد مالي المالك مثلا المعين واقعا غير المعلوم للموكل لا خطر فيه عليه - واما التصرف المعاملي الواقع على ذلك الشيء فهو وان كان غير معلوم للموكل لكن المدار في تلك المعاملة هو ملاحظة حال الوكيل فان كان عالما كفى في رفع الغرر ولا يلاحظ حال الموكل - وبالجملة - الجهالة في الوكالة لا توجب الغرر من حيث نفسها - واما من حيث المعاملة الواقعة بعدها فالميزان فيها حال الوكيل لا الموكل - فالاظهر عدم اعتبار المعلومية الا بالمعنى المساوق للتعيين المقابل للترديد .

الوكالة جائزة من الطرفين

٤- (وهي جائزة من الطرفين) بلا خلاف كما عن التذكرة واجماعا كما عن ظاهر الغنية فلكل منهما ابطالها - والكلام في موردين .

الاول في عزل الوكيل نفسه فالمشهور بينهم انه ينعزل بمجرد العزل وانه لا فرق في بطلان الوكالة بذلك بين اعلام الموكل وعدمه وصرح جماعة منهم بانه يحتمل توقف انعزاله على علم الموكل - وفي ملحقات العروة الاقوى عدم البطلان بعزله ان لم يكن اجماع - وسبقه في ذلك المحدث البحراني ره - ولم يذكر والبطلانها بعزل الوكيل نفسه وجها يمكن الاستناد اليه بعد كون الوكالة من العقود - ومقتضى عموم ادلة لزوم العقد لزومها ايضاً - وكونها جائزة من طرف الموكل لان له عزله كما ياتي للدليل الخاص لا يستلزم كونها جائزة من طرف الوكيل - فان العقد اللازم من طرف والجائز من الطرف الاخر - لا محذور في ثبوته بل هو موجود كالرهن فانه لازم من طرف الراهن جائز من طرف المرتهن - والكتابة عند الشيخ جائزة من طرف العبد ولازمة من طرف المولى - وعلى ذلك فان كان هناك اجماع والا - فالاظهر عدم البطلان مطلقا - بل ظاهر النصوص الاتية الحاصرة لبطلان الوكالة بما

لو اعلمه بالخروج عدم البطلان بعزل الوكيل نفسه. ثم ان الكلام في صحة التصرف بالاذن الضمني على فرض القول بالبطلان هو الكلام فيها المتقدم في المسألة الثانية - و قد عرفت في تلك المسألة ان الاظهر عدم الصحة فكذلك هنا - وللمصنف ره في المسألتين اقوال ثلاثة. ففي القواعد جزم في هذه المسألة بصحة التصرف وفي تلك المسألة جعل الصحة احتمالا. وفي التذكرة عكس ما في القواعد. وعن التحرير والارشاد اطلاق القول بالبطلان فيهما - وقد مر ما به يظهر ان الحق هو عدم الصحة في الموردين.

الثاني في عزل الموكل الوكيل - لا خلاف (و) لا اشكال في انه (**لو عزله الموكل بطل تصرفه**) لبطلان وكالته - والاخبار شاهدة بذلك - انما الكلام في انه هل يحكم بالبطلان (**مع علمه بالعزل**) خاصة كما هو المشهور فلا ينعزل الوكيل بعزل الموكل اياه الا مع اعلامه به فلو تصرف قبل ذلك نفذ على الموكل - ام يحكم به بعد اعلامه به ان امكن والا فمع الاشهاد كما عن الشيخ في النهاية وابي الصلاح وابني البراج وحمزة و والحلي ام ينعزل بعزله مطلقا كما عن القواعد.

والاظهر هو الاول لجملة من النصوص لاحظ صحيح (١) هشام بن سالم عن ابي عبدالله (ع) في رجل وكل آخر على وكالة في امر من الامور واشهد بذلك شاهدين فقام الوكيل فخرج لامضاء الامر فقال اشهدوا اني قد عزلت فلانا عن الوكالة فقال (ع) ان كان الوكيل امضى الامر الذي وكل فيه قبل العزل فان الامر واقع ماض على ما امضاه الوكيل كره الموكل ام رضي قلت فان الوكيل امضى الامر قبل ان يعلم العزل أو يبلغه انه قد عزل عن الوكالة فالامر على ما امضاه قال نعم قلت له فان بلغه العزل قبل ان يمضي الامر ثم ذهب حتى امضاه لم يكن ذلك بشيء قال (ع) نعم ان الوكيل اذا وكل ثم قام عن المجلس فامره ماض ابدا والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه او يشافهه بالعزل عن الوكالة - وصحيح (٢) معاوية بن وهب عنه (ع) من وكل رجل على

---

١ - الوسائل - باب ٢ من ابواب كتاب الوكالة - حديث ١

٢ - الوسائل - باب ١ - من ابواب كتاب الوكالة - حديث ١

امضاء امر من الامور فالوكالة ثابتة ابدا حتى يعلمه بالخروج كما اعلمه بالدخول منها- وخبر(١) ابى هلال الرازى القريب من الصحة لتضمن سنده على جملة من اصحاب الاجماع قلت لابى عبدالله(ع) رجل وكل رجلا يطلق امرأته اذا حاضت وطهرت وخرج الرجل فبدا له فاشهد انه قد ابطل ما كان امره به وانه بدا له فى ذلك قال(ع) فليعلم اهله و ليعلم الوكيل -وصحيح (٢) العلا بن سيابة الطويل المتضمن للانكار على من فرق فى هذا الحكم بين النكاح وغيره وانه ينعزل فى الاول بالاشهاد دون الثانى - ولحكم امير المؤمنين(ع) بذلك مع الاشهاد وعدم الاعلام .

واما القول الثانى فلم اظفر بما يمكن ان يستدل به له سوى الاجماع الذى ادعاه ابن زهرة وهو كما ترى بل اطلاق الخبرين الاخيرين يدل على عدم تمامية هذا القول كما ان جميع النصوص تدل على خلاف ماعن القواعد ومعه لا يصغى الى ما استدل به له من ان الوكالة جائزة من الطرفين فلابد وان تبطل بالعزل وان لم يعلمه - ولا الى ما قيل من وجود رواية بذلك- التى لم تصل الينا وغايته كونها رواية مرسلة لم يعمل بها الاصحاب فالاظهر انه يتوقف بطلان الوكالة على اعلامه بالعزل والا فهى ثابتة ابدا كما صرح به فى النصوص .

اشتراط الوكالة فى عقد لازم

٥- اذا شرط الوكالة على نحو شرط النتيجة فى ضمن عقد لازم فالمشهور انها لازمة - واستدلوا له بان الوكالة وان كانت جائزة الا انها تلزم اذا جائت من قبل الشرط (توضيح) ما افادوه ان الدليل دل على ان عقد الوكالة من العقود الجائزة يجوز فسخه فالجواز من آثار العقد لا من احكام الوكالة من حيث هى- وعليه فاذا شرط الوكالة على نحو شرط النتيجة بناء على صحة شرط النتيجه كما هو الحق يكون السبب ح هو الشرط

١- الوسائل - باب ٣٩ - من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه -حديث ٣

٢- الوسائل - باب ٢ - من ابواب كتاب الوكالة - حديث ٢

وهو لازم بمقتضى ادلة(١) لزوم الشرط ـ ونظير ذلك ـ ان الهبة اى التمليك مجانا جائزة يجوز للواهب الرجوع فيها ـ ولكن لو شرط فى ضمن عقد لازم ملكية شيء مجانا ليس له ان يرجع فيها فكك فى المقام والظاهر ان الحكم كك فيما لو شرطها فى عقد جائز بناء على ان الشرط فى ضمنه لازم الوفاء مادام بقاء العقد ـ نعم له ان يفسخ العقد فيبطل الشرط ـ ولعله يكون هذا هو مراد المشهور حيث ذهبوا الى ان الوكالة المشترطة فى ضمن عقد جائز جائزة .

ولو شرط فى ضمن عقد الوكالة ان لا يعزله ـ فالظاهر انه يجب عليه عدم العزل ـ فهل ينعزل لو عزله الظاهر عدم الانعزال (لا) من جهة حرمة العزل فان حرمة العقد والايقاع لا تستلزم الفساد وكذا الفسخ (ولا) لما قيل من انه خلاف مقتضى الشرط فانه ان كان الشرط عدم الانعزال بالعزل كان شرطا خلاف الكتاب والسنة وان كان عدم العزل فغاية مقتضاه وجوب ذلك فلا يجوز العزل اما عدم تأثير العزل فهو خارج عن الشرط (بل) لان مقتضى العمومات كون الوكالة كساير العقود لازمة خرج عنها ما لو لم يشترط عدم العزل بمقتضى النصوص الخاصة المتقدمة فيبقى صورة الاشتراط داخلة تحت العمومات فتدبر (وبذلك) يندفع ماأورد على لزوم الوكالة ح بالدور بدعوى ان لزوم الشرط موقوف على بقاء الوكالة وبقاء الوكالة موقوف على لزومه وان كان هو غير وارد حتى على الوجهين الاولين فان لزوم الشرط ليس موقوفا على بقاء الوكالة بل على ايقاع عقدها وقد حصل .

موارد بطلان الوكالة

٦ـ (٩) قد ذكر الاصحاب انه (**تبطل**) الوكالة(**بالموت و الجنون والاغماء وتلف متعلقها وفعل الموكل**) وتفصيل الكلام بالبحث فى موارد .

١ـ الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار

الاول ـ في الموت ـ اما في صورة موت الوكيل ـ فالبطلان ظاهر فان الوكالة قائمة به ومجعولة له فبموته ترتفع قهرا (ودعوى) ان الوكالة من الحقوق فتنتقل الى الورثة من حيث كونها حق تركه الميت فلوارثه (يدفعها) ان الحق القابل للبقاء ينتقل الى الوارث وهذا الحق الذي قوامه بالوكيل نفسه غير قابل للبقاء ـ حتى لو كانت مشروطة في ضمن عقد لازم اذ الشرط هو وكالة الوكيل نفسه لا مطلق الوكالة (نعم) لو اشترط وكالة وارثه بعد موته صح وان كان الشرط في ضمن عقد الوكالة ـ فيصير الوارث وكيلا لا لبقاء الوكالة بل للشرط ـ ولا يضر مثل هذا التعليق لعدم اشتراط التنجيز في الشرط ولعدم شمول معقد الاجماع لما كان مفاد العقد المنجز مع الشرط المعلق في ضمنه و احدا فتدبر فانه دقيق .

واما في صورة موت الموكل فقد استدلوا لبطلان الوكالة فيها (بالاجماع) على بطلان العقود الجائزة بالموت (وبالاجماع) على بطلان الوكالة بموته بالخصوص (وبان) مناط جواز تصرف الوكيل هو الاذن وينقطع بالموت (وبان) المال بعد موته ينتقل الى الورثة فيتوقف التصرف على اذنهم ـ وبموثق (١) ابن بكير عن بعض اصحابنا عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل ارسل يخطب عليه امرأة وهو غائب فانكحوا الغائب و فرض الصداق ثم جاء خبره انه توفي بعد ماسبق الصداق فقال عليه السلام ان كان املك بعد ماتوفي فليس لها صداق ولا ميراث وان كان قد املك قبل ان يتوفى فلها نصف الصداق وهي وارثه وعليها العدة ونحوه صحيح (٢) ابي ولاد .

وفي الكل مناقشة (اما الاولان) فلعدم ثبوت الاجماع التعبدي ـ مع انه قد عرفت عدم كون الوكالة من العقود الجائزة بقول مطلق بل هي لازمة من بعض الجهات (واما الثالث) فلانه لا يعتبر في جواز تصرف الوكيل بقاء الاذن والرضا ـ ولذا لو وكله ثم سهى عن توكيله بالمرة بحيث لم يبق في خزانة النفس نفذ تصرفه ـ و ايضا قد عرفت انه مع

١-٢- الوسائل- باب ٢٨- من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ـ حديث ٢-١

العزل والاشهاد على عدم الاذن والرضا لاتبطل الوكالة مالم يعلمه بذلك. وعلى الجملة لااشكال في عدم اعتبار بقاء الاذن في بقاء الوكالة الثابتة بالعقد وليست هي من قبيل الاذن المجرد (واما الرابع) فلانه لايتم لو كانت الوكالة متعلقة بالثلث الراجع امره اليه -مع- انه سيجيء في كتاب الوصية ان له ان يتصرف في ماله بعد موته بازيد من الثلث بمثل البيع بثمن المثل ونحوه - اضف الى ذلك انه قد لاتكون الوكالة متعلقة بالمال (واما الخبران) فلان الظاهر ان البطلان فيهما من جهة عدم صحة تزويج الميت لامن جهة بطلان الوكالة (فالمتحصل) انه لادليل على بطلانها بموت الموكل - بل النصوص المتقدمة تشعر بعدم البطلان - لاحظ قوله عليه السلام فالوكالة ثابتة ابداً حتى يعلمه بالخروج. فالاظهر عدم البطلان (نعم) اذا كان التوكيل ظاهرا او منصرفا الى حال حياته - كما لعله الغالب - بطلت الوكالة بموته لانتهاء امدها - ولعله الى ذلك نظر الاصحاب والله العالم.

الثاني - في الجنون والاغماء - وقد تكرر في كلماتهم دعوى الاجماع على بطلان الوكالة بالجنون او الاغماء من احدهما من غير فرق بين كون الجنون اطباقيا او ادواريا وكون مدة الاغماء قصيرة او طويلة علم الموكل بذلك ام جهل - واستدلوا له بانقطاع الاذن في جنون الموكل - وقد ظهر ضعفه من ما قدمناه - بل قد يقال ان له ان يوكل في حال عقله وافاقته من يتصدى اموره اذا جن او اغمى عليه فيكون الوكيل اولى من الحاكم الشرعي والولي الاجباري لانه اولى بنفسه وقد جعله لنفسه متصديا لاموره - فالصحيح ان لامدرك له الا الاجماع ان ثبت وكان تعبديا .

الثالث في تلف المتعلق كموت المرئة الموكل في تزويجها او طلاقها وتلف ما وكل في بيعه ونحو ذلك - فالوجه في بطلان الوكالة ح ظاهر لان الوكالة كما مر استنابة في التصرف - فمع تلف المتعلق لاتصرف فلامعنى للاستنابة ح - نعم لو وكله في شراء شيء ودفع اليه ديناراً ثمناله - ولم يقم القرينة على التقييد بما دفعه تبقى الوكالة ولكنه خارج عن محل البحث لعدم تلف المتعلق ح .

الرابع في فعل الموكل نفسه كما لو وكله في بيع داره ثم باعها مباشرة - ووجه

بطلان الوكالة في هذا المورد ظاهر ممامر .

ولا تبطل الوكالة بالنوم ولا بعروض النسيان لاحدهما ـ ولا بالسكر ـ ولا بالفسق ان لم تعلق الوكالة على العدالة ـ بل ولا بالحجر ـ اما على الوكيل فواضح ـ واما على الموكل فلان الحجر وان كان موجبا لعدم جواز تصرف الوكيل في مال الموكل مادام بقاء المحجورية ولكن لا يوجب بطلانها بحيث لا يصح تصرفه بعد رفع الحجر الا ان يكون هناك اجماع .

فيما تصح فيه الوكالة

(و) المقام الثاني فيما (تصح فيه) الوكالة وهو كل (ما) تكامل فيه شرطان غير مامر من المعلومية ـ احدهما ـ ان يكون مملوكا للموكل بمعنى كون مباشرته له ممكنة بحسب العقل والشرع فلا يجوز الوكالة في الامور المستحيلة عقلا او الممنوعة شرعا كالغصب والسرقة والقتل فلو غصب اوسرق اوقتل بوكالة الغير كان آثما وعليه الضمان دون ذلك الغير ـ ثانيهما ـ ان (لا يتعلق غرض الشارع بايقاعه مباشرة) فكلما كان يدخل فيه النيابة تصح فيه الوكالة لانهما زوجان ـ وهذا مما لا كلام فيه .

انما الكلام في الموارد المشكوك فيها التي لم يدل دليل خاص على جريان النيابة فيها كالنكاح والطلاق وماشا كل ـ ولا على عدم جريانها فيها كالواجبات من الصلاة والصيام وغيرهما ـ فعن المشهور ان الاصل صحة النيابة ولذا استقر بناء الفقهاء على طلب الدليل على عدم الصحة واعتبار المباشرة في موارد الشك (وقد استدل) لذلك ـ باصالة عدم اشتراط المباشرة ـ و بالاخبار المتقدمة الدالة على عدم انعزال الوكيل الا باعلامه بالعزل ـ اذ مقتضى اطلاقها صحة الوكالة في كل امر لاحظ قوله (ع) ـ من وكل رجلا على امضاء امر من الامور فالوكالة ثابتة ابدا حتى يعلمه بالخروج عنها ـ وبعموم قوله تعالى (١) «اوفوا بالعقود» بدعوى شموله للوكالة (لكن) يتوجه على الاصل

---

١ ـ المائده آية ٢

ان البناء على الصحة يتوقف على عموم يدل عليها ـ واصالة عدم الاشتراط لاتكفى ولايثبت بها العموم ـ بل الاصل هو عدم ترتب الاثر على فعل الغير ـ وعلى الاخبار انها فى مقام بيان حكم آخر فلااطلاق لهامن جهة صحة الوكالة فى كل امر من الامور ـ وعلى عموم الاية انها دليل اللزوم لا الصحة ـ اضف اليه ان التمسك بها على فرض دلالتها على الصحة ايضا تمسك بالعام فى الشبهة المصداقية اذلاريب فى انه خرج عنه مايعتبر فيه المباشرة ـ فمع الشك فى اشتراطها لايصح التمسك بالعموم .

فالحق انه فى ماتعلق به التكليف اعم من الوجوب والاستحباب مقتضى اطلاق دليله اعتبار المباشرة ـ كما حقق فى محله ـ واما فى غير ذلك من الموارد كباب العقود والايقاعات ـ فيمكن البناء على عدم اعتبار المباشرة بوجهين (احدهما) التمسك باطلاق دليل الوكالة المقامى ـ بتقريب ان الشارع الاقدس شرع الوكالة ولم يبين ماتصح فيه ومالاتصح فيستكشف ايكاله ذلك الى العرف ومن المعلوم انه لايشترط المباشرة عند العقلاء فى شىء من العقود والايقاعات فتصح الوكالة فيها شرعا (ثانيهما) اطلاق ادلة العقود والايقاعات ـ اذ لاتدل ادلتها الا على اعتبار انتساب العقد او الايقاع الى من يكون موضوع الاثر المترقب منه ـ ومن الواضح انه باذن الموكل ينتسب العقد او الايقاع اليه ـ وبعبارة اخرى ـ ان ظاهر الادلة وان كان اعتبار استناد عناوين العقود والايقاعات الى الموكل الا انه لما كانت هى اسامى للمسببات لا الاسباب والمسببات تستند اليه بالاذن وان كان السبب غير منتسب اليه ومستندا الى فاعله بالمباشرة ـ فمقتضى اطلاق تلك الادلة صحة الوكالة والنيابة فى الجميع الا ماخرج بالدليل ـ ويمكن ان يستدل بالسيرة العقلائية ـ بل والمتشرعية ايضا على ذلك ـ وبما ذكرناه يظهر الحال فى جميع الموارد المشكوك فيها كما لايخفى .

عدم جواز تعدی الوکیل المأذون

الثالث فی بیان وظیفة الوکیل بالنسبة الی العمل بماوکل فیه. وفیه مسائل -۱- لایجوز ان (یتعدی الوکیل الماذون) فیه من حیث الجنس و النوع والشخص و الوصف والقدرو العین والذمة والنقد والنسیئة ونوع المعاملة و الزمان والمکان و ماشاکل ولوخالف توقف علی الاجازة فیمایقبلها و بطل فیمالایقبلها - واستثنی من ذلک مالوعلم عرفاکون التعیین من باب المثال - کمالو قال بعه بثمن کذا وعلم ان لاغرض له فی خصوص ذلک المقدار - وانما الغرض فی عدم الاقل فیجوز بیعه بالازید هذا کله ممالاکلام فیه.

انما الکلام فی الاستثناء المذکور فی المتن قال، (الافی تخصیص السوق) فان معنی ذلک صحة المعاملة ح لوباعه فی سوق آخر مع ان جماعة حکموا بالضمان.

وجه الاشکال ان الحکم بالضمان یتم مع عدم الاذن و الصحة انما تکون فی صورة الاذن فکیف یجتمع الحکم بالصحة مع الحکم بالضمان (وقد دفع) فی الریاض ذلک بان الاذن المفهوم غایته الدلالة علی صحة المعاملة خاصة دون نقل العین عن مواردها المعینة ولاتلازم بینهما بالبدیهة فان الاذن المفهوم لیس الامن حیث الاولویة و لاتحصل الاحین جریان المعاملة لاقبله اذ منشأ الاولویة لیس الازیادة الثمن عماعینه وهی قبل المعاملة غیرحاصلة وح فیکون الیدعادیة علیها ضمان مااخذته (وفیه) ان الاذن فی الشیء اذن فی مقدماته - ولذا یحکم بعدم الضمان فیما لووکله فی بیعه فی ای سوق شاء مع ان هذا البرهان یقتضی الضمان فیه فانه لم یاذن له فی نقله الی السوق وانما الماذون هو البیع فی السوق والحل ،مااشرنا الیه من انه لوسلم شمول الاذن له لامحالة یکون ذلک اذنا فی مقدماته ولااقل من عدم کون یده فی طریق نقله الی السوق لیباع فیه یدا عادیة مشمولة للحدیث (۱)

۱- سنن بیهقی ج۶ص۹۰ کنز العمال ج۵ص۲۵۷

وعن المصنف ره في التذكرة التفصيل بين كون المحل المعين سوقا فعدل الى سوق آخر فحكم بعدم الضمان وبين كونه بلدة معينة فعدل عنها الى بلدة اخرى فحكم بالضمان مع الصحة لو نقله اليها واجرى المعاملة عليه فيها - واورد عليه سؤال وجه الفرق بينهما (ويمكن) ان يقال ان نظره الشريف الى انه مع تعيين سوق خاص يكون ذلك بحسب الغالب من باب المثال فيستفاد الاذن في المعاملة في سوق آخر والاذن في الشيء اذن في مقدماته فلا ضمان عليه لو تلف - واما مع تعيين البلدة فبحسب المتفاهم العرفي يعلم انه لانظر له الى بلدة خاصة وانما عينها حفظا للمال عن التلف في السفر فيستفاد الاذن منه في المعاملة في بلد آخر على تقدير لا مطلقا وهو وصول المال سالما الى تلك البلدة فالنقل اليها ليس ماذونا فيه - والمعاملة ماذون فيها على تقدير النقل فتدبر فانه دقيق ويمكن ان يكون نظر من جمع بين الحكمين في السوق ايضا الى ما ذكرناه .

٢ - (**ولو عمم التصرف**) كما اذا وكله في كل قليل وكثير مما له فعله (صح) وفاقا للشيخين والحلي والقاضي والديلمي وعامة المتاخرين عدا قليل منهم لاطلاق الادلة كما مر .

وعن الخلاف والشرايع و فخر المحققين عدم الصحة لان فيه غررا عظيما لانه ربما الزمه بالعقود ما لا يمكنه الوفاء او ما يؤدي الى ذهاب ماله كان يزوجه باربع حرائر ثم يطلقهن قبل الدخول فيلزمه نصف مهورهن ثم يزوجه باربع اخر وهكذا (ويندفع) ذلك بما اتفقت كلماتهم عليه من انه يشترط في صحة تصرفات الوكيل - ان تكون (**مع المصلحة**) فلا اشكال في انه يمضي تصرفاته ح (**الا في الاقرار**) كما عن الاكثر اما لانه لا تدخله النيابة لاختصاص حكمه بالمتكلم اذا انبأ عن نفسه لظهور قوله(ص) (١) اقرار العقلاء على انفسهم جائز - وبعبارة اخرى هو من مقولة اللفظ و المبرز لا من مقولة المعنى فاقرار الوكيل غير اقرار الموكل و دليل الجواز مختص باقرار الانسان نفسه اولانه خلاف المصلحة المشترطة في تعميم الوكالة .

١- الوسائل باب ٣- من ابواب كتاب الاقرار .

٣- لو اطلق التصرف اى لم يقيده بقيد ولاعممه كمالو اطلق البيع وقال وكلتك فى البيع ولم يعين ثمنا ولانقدا ولا حلولا ولاصحيحا فالمشهور بين الاصحاب لزوم رعاية ما ينصرف اليه الاطلاق ولذا قالوا (**والاطلاق يقتضى البيع حالا بثمن المثل بنقد البلد و ابتياع الصحيح**) فلو باع باقل من ثمن المثل بما لا يتسامح فيه وقف على الاجازة وكذا لو باع نسيئة مع امكان النقد وقف على الاجازة الا اذا كانت المصلحة فى النسيئة وكذا الحال فى البيع بغير نقد البلد و فى شراء المعيب - نعم اذا كان العيب خفيا يصح البيع ويكون للموكل خيار العيب اذ المأذون فيه هو المعاملة على النحو المتعارف فيكون الشراء من الوكيل غير مخالف لمقتضى الوكالة فتصح - غاية الامر يثبت الخيار للموكل بمقتضى دليله وربما يكون الشراء بغير ثمن المثل ايضا من هذا القبيل - وبالجملة - المناط كون المعـاملة على المتعارف اوخلافه - ففى الاول تصح مع الخيار بخلاف الثانى .

٤- المشهور بين الاصحاب ان اطلاق التوكيل فى البيع (و) الشراء يقتضى (**تسليم المبيع فى البيع و تسليم الثمن فى الشراء**) لان الوكيل هو المملك فيجب عليه تسليم ماملكه - وفى ملحقات العروة انه لاوجه له ومحل منع - اقول يمكن توجيه كلام المشهور بوجهين (احدهما) انه اذا تحقق البيع باذن الموكل فقد انتقل مـال الموكل الى طرف المعاملة فمافى يد الوكيل ليس للموكل بل للطرف ويجب رد المال الى صاحبه فان قيل فعلى هذا لو اشترط عليه عدم التسليم بطل الشرط - قلنا انه لو اشترط عليه ذلك لابدوان يعامل عليه مع الطرف مع هذا الشرط وعليه فلا يجب التسليم بل لايجوز بمقتضى الشرط (ثانيهما) ان بناء المتعاملين على تسليم المبيـع و الثمن فالاذن فى البيع بمقتضى الظهور العرفى اذن فى التسليم فما افادوه متين لااشكال فيه .

٥- قالوا ان اطلاق التوكيل فى البيع (و) الشراء يقتضى جواز (**الرد بالعيب**) والظاهر ان مرادهم مالو كان وكيلا فى التصرف من غير ان يكون مستقلا و وكيلا مفوضا ولم يكن وكيلا فى اجراء الصيغة والا فلا اشكال فى ان له ذلك مع الاستقلال وانه ليس

له لو كان وكيلا فى اجراء الصيغة خاصة - فمرادهم صورة اطلاق الوكالة دون الوكالة المطلقة بمعنى جعل الامر بيده مطلقا وتمام الكلام فى ذلك وفى سائر الخيارات فى مبحث الخيارات من كتاب البيع فراجع .

٦ - المعروف بينهم ان اطلاق الوكالة فى الشراء لايقتضى الاذن بقبض المبيع كما ان اطلاقها فى البيع لايقتضى الاذن بقبض الثمن وعللوه بانه قد لايستامن على المبيع و الثمن من يستامن على البيع و الشراء - و هو حسن الا انه لابد و ان يقيد بما اذا لم تدل القرائن على الاذن فى القبض و الا فهو ماذون فيه كما لو وكله فى شراء عين من مكان بعيد يخاف مع عدم قبض الوكيل ذهابها - او وكله فى البيع فى موضع يضيع الثمن بترك قبضه كسوق غائب عن الموكل .

٧ - اذا وكله فى المرافعة لاثبات حق ليس له قبضه بعد اثباته الامع القرينة على اذنه فى ذلك ايضا (و) ذلك لانه (لايقتضى **وكالة الحكومة**) الاذن فى (**القبض**).

اعتبار اهلية التصرف فى الموكل والوكيل

المقام الرابع فى بيان مايعتبر فى الموكل و الوكيل (و) فيه مسائل الاولى (**يشترط اهلية التصرف فيهما**) بلاخلاف فيه فى الجملة - و تنقيح القول فى طى فروع .

١ - يشترط فيهما البلوغ فلا يصح توكيل الصبى ولا وكالته - اما الاول فلما دل على(١) رفع القلم عن الصبى وعدم جواز امره - مع انه لايجوز تصرفه بنفسه فيما يوكل فيه وقد مر اعتبار ذلك فى الوكالة - نعم - يصح توكيله باذن الولى كساير تصرفاته و معاملاته على مامر فى كتاب الحجر .

و ربما يستثنى من ذلك مالو وكل البالغ عشر سنين فيماله ان يتصرف فيه كالوصية للارحام بل فى مطلق المعروف و الصدقة و الطلاق - بدعوى انه اذا جازت

---

١ - راجع ص ٣٣

تلكم الامور له يجوز له التوكيل فيها ايضا لماعرفت من انه الضابط لما يجوز فيه التوكيل (وفيه) ان مدرك اعتبار البلوغ لوكان هوالوجه الثانى خاصة كان ما افيد تاما -- ولوكان هو الوجه الاول ايضا فلايتم لان مقتضى اطلاق تلكم الاخبار كون غير البالغ ممنوعا من جميع التصرفات والمعاملات الامع اذن الولى ومن جملتها التوكيل فجواز تلكم الامور انثبت لايستلزم جواز توكيله كمالايخفى.

و اما الثانى وهو عدم صحةان يكون الصبى وكيلافى التصرفات ـ فلااشكال ولاكلام فيه بالنسبة الى الـوكالة المستقلة بان يكون وكيلا مستقلا فـى التصرف لعموم مادل على عدم جواز امر الصبى ورفع القلم عنه ـ انما الكلام فى انه هل يصح ان يوكل الصبى فى خصوص اجراء الصيغة املا ـ و منشأ الوجهين ان ادلة الحجر هل تدل على سلب عبارة الصبى ام لاتدل على ذلك فعلى الاول لايصح و على الثانى يصح ـ وقدمر تفصيل القول فى ذلك فى كتاب الحجر وعرفت انها لاتدل على ذلك و انه تصح معاملاته مع اذن الولى ويصح تصديه لاجراء الصيغة حيث لايعد ذلك امر الصبى و لايشمله حديث رفع القلم ـ و يشعر بالصحة بـل يـدل عليها خبر (١) ابراهيم بن ابى يحيى عن ابى عبدالله عليه السلام تزوج رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ام سلمة زوجها اياه عمر بن ابى سلمة وهو صغير لم يبلغ الحلم.

-٢- يعتبر فيهما العقل فلا يصح توكيل المجنون ولو اد واريا فـى حال جنونه لحديث (٢) رفع القلم عنه ولانه لايجوز تصرفه بنفسه فيمايوكل فيه كمامر فلايصح توكيله ـ وقدمر ان المشهور بين الاصحاب بطلان الوكالة بعـروض الجنون على الموكل ولكن عرفت ضعفه ـ فهواى العقل شرط فى الابتداء دون الاستدامة ـ ولايصح ان يوكل المجنون فى المعاملات لحديث الرفع ـ وفـى صحة اجرائه الصيغة مع احراز كونه قاصدا غير لاغ وعدمها الوجهان المتقدمان فى الصبى.

---

١ ـ الوسائل باب ١٦ من ابواب عقد النكاح حديث ١

٢ ـ الوسائل باب ٣٦ من ابواب القصاص فى النفس حديث ٢

٣ ـ يعتبر في الموكل عدم السفه اذا كان التوكيل فيما يتعلق بمال نفسه لماعرفت في كتاب الحجر ان السفيه ممنوع عن التصرف المالي للاية الكريمة (١) و جملة من النصوص (٢) فلايصح توكيله لان ذلك ضابط مالايصح فيه التوكيل كمامر ـ نعم ـ يصح توكيله فيما له التصرف فيه ـ وكذا يجوز وكالته لاختصاص دليل المنع بالتصرف في مال نفسه ـ وبذلك يظهر حال توكيل المفلس و وكالته فانه يجري فيهما ماذكرناه في السفيه .

حكم اكراه الوكيل والموكل

٤ ـ المعروف بين الاصحاب عدم صحة توكيل المكره ولاوكالته ـ اما الاول فلا اشكال فيه لحديث (٣) رفع ما استكرهوا عليه فلو اكره المالك على التوكيل في بيع ماله أو الزوج في طلاق زوجته أوماشاكل بطلت الوكالة فيقع البيع او الطلاق فضوليا وعلى هذا فان كان مورد الوكالة ايقاعا دون العقد كما في الاكراه على الطلاق ـ فان اجاز الطلاق بعد ذلك فقد اتفقوا على عدم صحته لعدم جريان الفضولية فيه ولكن ان اجاز بعد رفع الاكراه التوكيل ـ فهل يصح الطلاق ام لا وجهان ـ والحق ان يقال ـ ان كان معقد الاجماع عدم صحة الطلاق الذي تعلق به الاجازة ففي المقام بما ان الاجازة تعلقت بالوكالة دون الطلاق يصح الطلاق ـ و ان كان المعقد ان الطلاق لايصح ان يكون معلقا على الاجازة كما هو الظاهر منه فلايصح في المقام فان صحة الطلاق موقوفة على صحة الوكالة المتوقفة على الاجازة والمتوقف على متوقف على شيء متوقف عليه فتكون صحة الطلاق موقوفة على الاجازة فلايصح ـ فالاظهر عدم صحته تعلقت الاجازة بالطلاق اوالوكالة .

---

١ ـ النساء آية ٧

٢ ـ الوسائل باب ١ من ابواب كتاب الحجر .

٣ ـ الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس وباب ١٢ و ١٦ من ابواب الايمان

واما الثاني - فتارة يكره الوكيل على قبول الوكالة - واخرى - يكره على التصرف المعاملي الذي وكل فيه - امافي الاول فمقتضى حديث رفع الاكراه عدم صحة الوكالة لكنه ان رضي بعد ذلك بها وقبلها صحت .

وامافي الثاني - فقد يكون المكره هو المالك كمالو قال المالك للوكيل بع داري اوطلق زوجتي - وقد يكون الاكراه من الاجنبي كما لو اكره الوكيل على بيع دار موكله او طلاق زوجة موكله - فقد ذهب جماعة منهم الشيخ الاعظم ره الى الصحة في الفرعين وآخرون الى البطلان فيهما - واختار المحقق النائيني الصحة في الفرع الاول والبطلان في الثاني .

وقد استدل للبطلان فيهما بوجوه عمدتها وجهان (الاول) ان مقتضى حديث رفع الاكراه رفع اثر العقد (وفيه) ان لفعل الوكيل جهتين - احداهما - جهة العقدية - ثانيتهما جهة قيامه بالوكيل - والاكراه لا يؤثر في فقد عقد الوكيل لشيء من الامور المعتبرة فيه من الجهة الاولى من العربية ونحوها بعد فرض كونه مستجمعا لها - والجهة الثانية غير دخيلة في ترتب الاثر وحصول النقل والانتقال لكون الوكيل اجنبيا عن المال بل عقده انما يؤثر من حيث انتسابه الى المالك الموكل والمفروض عدم كونه مكرها فيما هو موضوع الاثر ولم يتعلق الاكراه به وما تعلق الاكراه به لا اثر له (الثاني) ان القصد الى المعنى شرط في صحة العقد ومع الشك في ذلك لا اصل يحرز به كون المكره قاصداله اذ اصالة القصد الجارية في افعال العقلاء انما هي في الافعال الاختيارية دون المكره عليها (وفيه) اولا ان الكلام انما هو بعد احراز القصد وثانيا ان اصالة القصد انما هي في مطلق الافعال الاختيارية في مقابل الاضطرارية كحركة يد المرتعش .

واستدل للبطلان في الفرع الثاني بان المكره اذا كان غير المالك فغاية ماهناك رضا المالك بالعقد ومجرد الرضا لا يصحح الاستناد كما ان الكراهة الباطنية ليست ردا (وفيه) مضافاً الى مامر من كفايته - ان محل الكلام هو كون العاقد وكيلا - وفعل الوكيل يستند الى الموكل من جهة الوكالة - فالاظهر هي الصحة في الفرعين .

الثانية قالوا (و) يشترط (الحرية ولو توكل العبد اووكل باذن مولاه صح.)

الثالثة (ولا يوكل الوكيل بغير اذنه) له فى التوكيل صريحا و لو بالتعميم كاصنع ماشئت اوفحوى كاتساع متعلقها بحيث تدل القرائن على الاذن فيه- اوعجزه عن مباشرته وان لم يكن متسعا مع علم الموكل بالعجز اوترفع الوكيل عما وكل فيه عادة فان توكيله ح يدل بالفحوى على الاذن له فى توكيل الغير مع علم الموكل بترفعه عن مثله - ثم انه فى موارد جواز التوكيل هل يكون الوكيل الثاني وكيلا عن الاول اوعن الموكل - وتظهر الثمرة فى انه على الاول ليس للموكل عزله وللوكيل ذلك وينعكس على الثاني - الظاهر هو الاول - ولا اقل من الاطلاق- وان للوكيل ان يوكله عن نفسه اوعن موكله.

و لكن للولى (و للحاكم) التوكيل (عن) الصبى والمجنون (والسفهاء والبله) بلا خلاف فى ذلك بل عليه الاجماع عن التذكرة والاردبيلى وهو الحجة فيه مضافا الى اطلاقات الادلة فلكل منهما المباشرة بنفسه فكك بغيره.

الرابعة (ويستحب لذوى المروات التوكيل) فى المنازعة و ان لا يتولوها بانفسهم - كما هو المشهور بل فى الرياض بلا خلاف فى ظاهر الاصحاب- واستدلوا له (١) بمارووا فى كتبهم الاستدلالية ان عليا عليه السلام وكل عقيلا فى خصومة قال ان للخصومة قحما و ان الشيطان ليحضرها وانى لاكره ان احضرها -- و القحم بالضم المهلكة -و ضعف سنده لا يضر بعد استناد الاصحاب اليه وكون الحكم استحبابيا ولكن عموم التعليل يقتضى عموم الحكم لغير ذوى المروات ايضا ولم يلتزم به الاصحاب (وعن) بعضهم التامل فى الحكم لتحاكم (٢) النبى (ص) مع صاحب الناقة وتحاكم الوصى (ع) (٣) مع من راى درع طلحة عنده - وتحاكم على بن الحسين (ع) مع زوجته الشيبانية -فكيف

١- المبسوط اول كتاب الوكالة والمستدرك باب ٢٠ من ابواب كتاب الاجارة حديث ٣

٢- الوسائل - باب ١٨ من ابواب كيفية الحكم

٣- الوسائل -باب ١٤ من ابواب كيفية الحكم -حديث ٦

تولوا سادات الانام المنازعة مع كراهتها - الا ان احتمال الدواعي والضرورات في مباشرتهم قائم - فلا يرفع اليد عن دليل استحباب التوكيل -

وكالة الكافر عن المسلم

الخامسة المشهور بين الاصحاب انه لايجوز وكالة الكافر عن المسلم (**ولا يتوكل الذمي على المسلم**) باستيفاء حق له عليه - بل عليه الاجماع في محكي التذكرة وغيرها وقد استدلوا له بالاية (١) الشريفة «ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا» (وفيه) اولا - ان ظاهر الاية بقرينة ماقبلها نفي الجعل في الاخرة - وثانيا - انه قد ورد في خبر (٢) الهروي عن الرضا (ع) ان المراد من الاية نفي سبيل الحجة - وثالثا - ان السبيل ظاهره السلطنة والوكيل لاسلطنة له على الموكل لو لم يكن بالعكس - فالانصاف انه لادليل له سوى الاجماع وان لم يتم فالاظهر هو الجواز .

ثم انه على القول بالمنع المتيقن منه الحرمة التكليفية دون بطلان الوكالة وايضا المتيقن منه مالو توقف استيفاء الحق منه على المرافعة كي يمكن دعوى صدق السلطنة والقهر عليه - واما مجرد استيفاء الحق منه اوله فلا يكون مشمولا لدليل المنع .

ثم ان القائلين بالمنع اختلفوا في وكالة المسلم عن الكافر على المسلم - فعن جماعة المنع عنها ونسب الى اكثر القدماء - وعامة المتاخرين على الكراهة - وقد ادعى على كل من القولين الاجماع - ولامدرك لهم سوى الاية الكريمة وقد عرفت حالها ولكن للاجماع على المرجوحية - لاباس بالالتزام بها والمتيقن الكراهة - واما في باقي الصور المتصورة في المقام فالاظهر هو الجواز بلا كراهة .

السادسة (**ولايضمن الوكيل الابتعد اوتفريط**) اجماعا - لانه امين وقد مر ان الامين لايضمن الامع التعدي اوالتفريط .

---

١ - النساء آية ١٤١

٢ - ايات الاحكام للعلامة الجزايري عن عيون الاخبار

(ولاتبطل وكالته به) اى بالتعدى او التفريط لان مبطليته لها تحتاج الى دليل مفقود والاصل وكذا العمومات يقتضى العدم ـ ولو تعدى ثم عاد نفذ تصرفه بمقتضى الوكالة ـ فهل يبقى ضمانه ام لا ـ المشهور بين الاصحاب هو الاول (والاظهر) هو الثانى اذ دليل الضمان مختص بحال التعدى ـ وفى تلك الحال خرجت يده عن كونها امانية وحكم بكونها مضمنة لحديث على اليد ـ والمفروض عوده الى الحالة الاولى ـ فيكون المقام من مصاديق المسألة المعروفة ـ وهى انه لو خرج فرد عن تحت العام فى زمان ـ ثم شك بعد مضى ذلك الزمان فى بقاء حكم الخاص او عود حكم العام هل يتمسك بعموم العام او يستصحب حكم الخاص وحيث ان المختار هو الرجوع الى عموم العام مطلقا فيرجع فى المقام الى ما دل على عدم ضمان الامين .

فى اختلاف الموكل والوكيل

المقام الخامس فى جملة من مسائل اختلاف الموكل والوكيل واحكامها تذكر فى ضمن فروع .

-١- (و) لو اختلفا فى التعدى أو التفريط فادعاه الموكل و انكره الوكيل ف **(القول قوله مع اليمين وعدم البينة فى عدمه)** لان الوكيل امين ولا يتهم من ائتمن ودعوى التفريط او التعدى اتهام (و) كذا لو اختلفا **(فى العزل ـ اوفى العلم به)** بلا خلاف بل عليه الاجماع فى محكى الغنية ـ لاصالة عدمه وللخبر (١) فى الثانى ـ فى امرأة وكلت اخاها ليزوجها ثم عزلته بمحضر الشهود وادعت اعلامه بالعزل و انكره الاخ فاتيا امير المؤمنين (ع) فطلب منها الشهود فاتت بالشهود الذين عزلته بمحضرهم فشهدوا على العزل دون الاعلام فلم يقبله وامضى تزويج الاخ واحلفه والخبر طويل (و) كذا لو اختلفا **(فى التلف او التصرف)** كما هو المشهور بل عليه الاجماع فى الاول ـ لانه امين لا يتهم ولان اليمين على المنكر .

١ـ الوسائل ـ باب ٢ـ من كتاب الوكالة حديث ٢

-٢-(و) لواختلفا (فى الرد)بان ادعاه الوكيل وانكره الموكل ف (قولان) احدهما - انالقول قول الموكل مع يمينه - ذهب اليه الحلى والمحقق والمصنف وولده والشهيد ان -ثانيهما- ان القول قول الوكيل انكانوكالته بجعل - نسب الى المشهور -والحق انيقالانه كما يقبل قول الوكيل فى التلف كذلكيقبل قوله فى الرد - اذلا وجه لقبول قوله فى التلف سوى ان عدم تصديقه فى دعوى التلف يندرج تحت عنوان اتهام المؤتمن وقد نهينا عن اتهامه - و كذا يقال فى دعوى الرد فان عدم تصديقه فيه يندرج تحت عنوان اتهام المؤتمن (و دعوى) ان المنهى عنه هو اتهام المؤتمن بالتامين العقدى فيختص بالوديعة لاوجه لها - سيما و قدورد (١) ان صاحب العارية مؤتمن وصاحب البضاعة مؤتمن - فالاظهر هوقبول قولهمع يمينه - ولا فرق فى ذلك بين كون الاختلاف فى الرد والوكالة باقية اوبعد انقضائها - لان العين بعد انقضائها بيد الوكيل امانة مالكية الى ان يرد ها اليه - وبذلك يظهر مافى كلمات القوم .

-٣-(و) لواختلفافى اصل الوكالة ف (القول قول منكر الوكالة)مع الحلف سواء كان هو المالك كمااذاتصرف فى ماله بدعوى الوكالة فانكر توكيله او المدعى عليه الوكالة كما اذا اشترى شيئا فادعى واحد انه اشتراه بوكالته عنه وانه له و انكر المشترى وقال اشتريته لنفسى و الوجه فى تقديم قول المنكر _ عموم مادل على ان اليمين على المنكر .

-٤- (و) يقدم(قول الموكل لوادعى الوكيل الاذن فى البيع بثمن معين) عند الماتن وغيره لاصالة عدم الاذن - و يشكل بان الوكيل امين لايتهم فلو قيل بتقديم قول الوكيل كان اوجه كمامر وعلى ماقالوه (فان وجدت العين استعيدت و ان فقدت او تعذرت فالمثل او القيمة ان لميكن مثليا).

-٥-(ولوزوجه)امرأة مطلقاو مدعياوكالته على تزويجها(فانكر الموكل الوكالة) يقدمقوله ان (حلف) و للمرئة ان تتزوج مععدم علمها بصدق مدعى الوكالة(و)

١- الوسائل باب ١ من العارية حديث ٦

اختلفوا فى ثبوت المهر لها وعدمه على اقوال -١- ان (على الوكيل المهر) كملا كما عن النهاية والقاضى وقواه الحلى - ٢ - مانقله المصنف ره قال (وقيل نصفه) نسب ذلك الى المشهور- ٣ - ماعن جماعة وهو عدم ثبوت المهر .

و استدل للاول بان المهر يجب بالعقد كملا ولا ينتصف الابالطلاق المفقود فى المقام و قد فوته الوكيل عليها بتقصيره فى الاشهاد فيضمنه -- و ايضا انه اقر باخراج بضعها عن ملكهابعوض لم يسلم اليها وكان عليه الضمان - ولكن يتوجه على الاول ان المهر يجب على الزوج لاعلى الوكيل فان ثبت عليهوفوته الوكيل ضمن على اشكال فى ان التفويت موجب للضمان او الضمان مختص بالاتلاف -- و حيث انه لايثبت عليهفلاتفويت ايضا - و يتوجه على الثانى انه اقربا خراج بضعها عن ملكها بعوض فى ذمة الزوج لافى ذمةنفسه فلايشمله ادلة الاقرار .

فالصحيح ان يستدل له بخبر (١)محمدبن مسلم عن الباقر عليه السلام عن رجل زوجته امه وهو غائب قال النكاح جائز انشاء المتزوج قبلو ان شاء ترك فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامه -بناء على تنزيله على دعوى الوكالة (الا)انهيجب حمله على ارادة النصف جمعابينه وبين صحيح (٢) ابى عبيدة عن الصادق عليه السلام فى رجل امر رجلا ان يزوجه امرأة من اهل البصرة من بنى تميم فزوجه امرأة من اهل الكوفة من بنى تميم قال (ع) خالف امره وعلى المامور نصف الصداق لاهل المرئة ولاعدةعليها ولاميراث بينهمافقال بعض من حضر فانامره انيزوجه امرأة ولم يسم ارضا ولاقبيلةثم جحدالامر ان يكون امره بذلك بعدمازوجهفقال(ع)ان كان للمامور بينةانه كان امره ان يزوجه كان الصداق على الامر وان لم يكن له بينة كان الصداق علي المامور لاهل المرئةولاميراث بينهما ولاعدة عليها ولها نصف الصداق انكان فرض لهاصداقا -وخبر (٣) عمربن

---

١ - الوسائل -باب ٧ - من ابواب عقدالنكاح واولياء العقد - حديث٣

٢ - الوسائل -باب٢٦ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد- حديث١

٣- الوسائل - باب ٣- من كتاب الوكالة - حديث ١

حنظلة عنه (ع) في رجل قال لاخر اخطب لي فلانة فمافعلت من شيء مماقاولت من صداق اوضمنت من شيء اوشرطت فذلك لي رضا وهو لازم لي ولم يشهد على ذلك فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغيرذلك مما طالبوه وسئلوه فلما رجع اليه انكر ذلك كله قال (ع) يغرم لها نصف الصداق عنه وذلك انه هو الذي ضيع حقها فلما لم يشهد لهاعليه بذلك الذي قال له حل لها ان تتزوج ولايحل للاول فيما بينه وبين الله عزوجل الا ان يطلقها لان الله تعالى يقول فامساك بمعروف اوتسريح باحسان فان لم يفعل فانه ماثوم فيمابينه وبين الله عزوجل و كان الحكم الظاهر حكم الاسلام و قداباح الله عزوجل لها ان تتزوج - والمناقشة فيهما بمخالفتهما للقواعد لانه مع بطلان النكاح ظاهرا لاوجه لثبوت المهر - في غير محلها - كماان دعوى - ان صحيح الحذاء يدل على ثبوت مهرونصف - مندفعة بان الظاهر كون قوله (ع) ولها نصف الصداق بيانا لما اجمله اولا بقوله كان الصداق على المامور لاهل المرئة وبه يعلم ان المراد بالاهل هي المرئة.

واما القول الثالث فهو وان كان موافقا للقاعدة الا انه لايصار اليه مع النص الصحيح المعمول به - فخير الاقوال اوسطها (و) ذيل خبر عمر بن حنظلة يدل على انه (يجب على الموكل طلاقها مع كذبه) ويصح ان يقول ان كانت زوجتي فهي طالق- وهل يجب عليه ان يسوق اليها نصف المهر كما عن المصنف ره وولده والشهيد والمحقق الثانيين الميل اليه - ام لايجب وجهان- مقتضى القاعدة وان كان هو الوجوب الا ان الخبرين يدلان على عدم وجوبه - سيما الثاني منهما حيث حكم (ع) بوجوب ان يطلقها خاصة فالاظهر عدم الوجوب.

ولو علمت المرئة بصدقه في دعوى الوكالة - فقد يقال انه ليس لها ان تتزوج مالم يطلقها وح ان امتنع من الطلاق فهل لها الفسخ اويجبر الحاكم الشرعي الزوج على الطلاق اويطلق عنه ام يجب عليها الصبر الى موت ذلك الرجل - وجوه- ولكن مقتضى اطلاق الاخبار جواز التزويج مطلقا وهل لها ان تاخذ نصف المهر من الوكيل .

لوساق اليها الزوج نصف المهر بعدالطلاق الظاهر ذلك بعدما عرفت من عدم وجوبه على الزوج - نعم - لوقلنا بوجوبه عليه واخذته ليس لهاان تاخذ من الوكيل للتعليل في خبر ابن حنظلة الذى يخصص كمايعمم .

بيان ماتثبت به الوكالة

المقام السادس في بيان جملة من احكام الوكالة غيرمامر (و) فيه مسائل - الاولى **(لو وكل اثنين)** بان جعل وكالة واحدة لهما **(لم يكن لاحدهما التصرف الاان ياذن لهما)** بلاخلاف ولااشكال كماهو واضح .

الثانية - فيما تثبت به الوكالة - فتارة لايكون هناك منازعة وخصومة ويدعى الوكالة مدع من دون ان ينكره احد -واخرى يكون في مقام المخاصمة (اما) في الصورة الاولى فتثبت بكل ماتثبت به ساير الموضوعات من العلم-والبينة -وخبرالواحد -بناء على المختار من حجيته في الموضوعات - ويكفي اخباره بذلك ان كان ثقة - بل يمكن قبول، قوله مطلقا -بناء على قبول كل دعوى لامعارض لها - وسيأتي الكلام في الكبرى الكلية في كتاب القضاء (و) اما في الصورة الثانية فعلى القول بانه لايكفي في ذلك المقام سوى شهادة عدلين - ولاعبرة بعلم الحاكم -ولابشهادة رجل واحد مع اليمين اومع شهادة امرأتين في غير الحقوق المالية ف **(لاتثبت)** الوكالة **(الابشاهدين عدلين)** وتمام الكلام في المبنى موكول الى محله - وستعرف ان للحاكم ان يحكم بعلمه - وان شهادة رجل واحد مع امرأتين تثبت بها الدعوى في غير الحقوق المالية ايضا- وعلى الجملة لاخصوصية للوكالة فالمتبع فيها قواعد باب القضاء .

الثالثة - يجب على الوكيل تسليم ماكان بيده من مال الموكل اليه عند مطالبته كما في الوديعة والعارية وماشاكل و يجب المبادرة اليه بحسب المتعارف فلا يجب الاسراع في المشي في طريق الردولا رفع اليدعمايكون مشغولابه من الاكل وماشاكل

(ولواخر الوكيل التسليم) فى مايجب **(مع القدرة والمطالبة ضمن)** لعموم (١) على اليد فانه خرج عنه اليد الماذونة وبقى الباقى (فان قيل) انهذه اليد حين حدوثها لم توجب الضمان وبعد خروجها عن كونها ماذونة يشك فى ذلك والاستصحاب يقتضى بقائها على ماكانت عليه من عدم كونها موجبة للضمان (قلنا) ان المختار عندنا هو الرجوع الى عموم العام فيما بعد زمان التخصيص مطلقا - ولايرجع الى الاستصحاب كان للعام عموم ازمانى ام لم يكن سيما فى مثل المقام مما كان خروج الفرد من اول زمان تحققه لامن الاثناء.

فى تعريف الهبة وبيان حقيقتها

(كتاب الهبات وتوابعها - وفيه فصول الفصل الاول فى الهبة) وهى بالمعنى الاعم تمليك مال بلاعوض فتشمل الوصية والوقف والصدقة وبهذا الاعتبار عبر المصنف بكتاب الهبات.

واما بالمعنى الاخص فهى تمليك مال طلقا منجزا بلاعوض بازاء الموهوب من غير اشتراط بقصد القربة - فيخرج الوقف لعدم كونه تمليكا طلقا والصدقة لاشتراط القربة فيها والبيع لكونه تمليكا لامجانا والصلح لانه انشاء التسالم وليس حقيقته التمليك والوصية لانها ليست منجزة.

واما الهبة المعوضة - ففى الجواهر بعد التعريف للهبة - نعم ينتقض بالهبة المعوضة ولو بالقربة ويدفع بان المراد من قوله بغير عوض ومجردا عن القربة عدم لزوم ذلك فيها لاعدم اتفاق حصوله فيها انتهى - وقد سبقه فى ذلك سيد الرياض قال فى شرح قول المحقق تبرعا مجردا عن القربة - اى من دون اشتراطها بها و الا لانتقض بالهبة المعوض عنها والمتقرب بها الى الله فانهما هبة اجماعا (اقول) ماافاده يتم بالنسبة الى قصد القربة - دون الهبة المعوضة فان التمليك فيها بلاعوض بازاء الموهوب

١- سنن بيهقى ج٦ ص٩٠ كنز العمال ج٥ ص٢٥٧

توضيح ذلك - ان الهبة المعوضة تتصور على وجوه (الاول) ان يهب المال ويشترط على المتهب هبة شيء (الثانى) ان يهبه المال ويكون داعيه هبة المتهب شيئا (الثالث) ان يهب المال ويشترط النتيجة اى كون ذلك المال الآخر ملكاله (الرابع) ان يهبه بازاء ذلك الشيء (الخامس) ان يهبه فى مقابل هبته بحيث تكون المقابلة بين الهبتين- اما فى الوجه الاول والثانى فيكون اعطاء المال اعطاء لابازاء شيء بل مجانا- واما فى الوجه الثالث فان قلنا بعدم صحة شرط النتيجة فلا كلام وان قلنا بصحته فذلك الشيء وان كان يصير ملكاله الاانه للشرط لالعقد الهبة والمال الموهوب انما يعطى مجانا لابازاء شيء واما الوجه الرابع فهو خارج عن الهبة المعوضة بل هو بيع بلسان الهبة - واما فى الوجه الخامس - فالمقابلة انما هى بين الهبتين لابين المالين وكل من المالين مجانى ليس بازاء شيء -ولكن- الظاهر عدم صحة ذلك لانه ان اريد بـه تعليق هبته على هبة الآخر فلو لم يهب الطرف لايكون هبة من هذا الطرف ايضا لتقيدها بهبة الآخر فهذا هو التعليق المجمع على بطلانه وان اريد به انه يملك هبته فى مقابل تملك هبة الآخر فيرد عليه انه فى الهبة التمليك انما يتعلق بالمال وليس هناك تمليك متعلق بهذا العمل من الحر نعم يصح ذلك فيما اذا وقع عقد آخر على هـذا العمل بحيث صار مملوكا بواسطة عقد آخر ولكنه خارج عن المقام فانحصرت الهبة المعوض عنها بـالوجوه الثلاثة الاول وكونها فيها تمليكا مجانيا واضح -

حكم هبة مافى الذمة

ثم ان تمام الكلام فى هذا الفصل فى ضمن مسائل - الاولى (**انما تصح**) الهبة (**فى الاعيان المملوكة وان كانت مشاعة**) بلاخلاف فى ناحية الاثبات - بل عليه فى محكى الغنية و نهج الحق الاجماع- اما جواز هبة الاعيان المقسومة فهو المتيقن من معقد الاجماع على مشروعية الهبة و الاخبار المتواترة الدالة على ذلك الاتية جملة منها فى ضمن المسائل الاتية -و اما جواز هبة المشاعة -- فيشهد به مضافا الى

اطلاق الادلة ـ جملة من النصوص الخاصة لاحظ صحيح (١) الحلبى عن الصادق عليه السلام عن دار لم تقسم فتصدق بعض اهل الدار نصيبه من الدار قال عليه السلام يجوز قلت ارأيت ان كانت هبة قال عليه السلام يجوز ونحوه غيره .

انما الكلام فيما يستفاد من مفهوم هذه الجملة ـ وهو عدم صحة هبة ما فى الذمة وملخص القول فيه انه (تارة) يوهب مافى الذمة الى من عليه (و اخرى) يهبه لغير من عليه ـ وعلى التقدير الثانى تارة يكون مافى الذمة ثابتا قبل الهبة ـ واخرى يثبته فى ذمته بالهبة كما يملك مافى ذمته بالبيع .

اماهبة مافى الذمة لمن هو عليه فالمشهور بين الاصحاب انها ابراء وتصح بهذا العنوان ولاتصح بعنوان الهبة ـ وعن جماعة منهم سيد العروة صحتها هبة والاول(اظهر) فلنا دعويان احداهما عدم صحتها هبة ـ ثانيتهما صحتها ابراء .

اما الاولى فيشهد بها ان الهبة كما مر تمليك مجانى والانسان لايملك مالا على نفسه لعدم ترتب الاثر على هذه الملكية فيكون اعتبارها لغوا ـ وما ـ افاده الشيخ الاعظم ره فى كتاب البيع فى مقام الجواب عن هذا الوجه من تعقل ذلك اى كون الانسان مالكا لما فى ذمته ورجوعه الى سقوطه عنه ـ غير تام ـ فان السقوط ان كان لاجل ما اشرنا اليه من لغوية اعتبار الملكية فهو مانع عن الحدوث كالبقاء وان كان لكونه اثر تلك الملكية فيرد عليه ان ثبوت الشيء لايعقل ان يكون علة لسقوطه .

وقد يستدل له بوجهين آخرين ـ احدهما ـ ماعن بعض الاساطين وهو ان الملكية لما كانت نحوا من السلطنة على من فى ذمته المال فلايعقل نقله اليه لان الانسان لايمكن ان يتسلط على نفسه بالنحو الذى كان لطرفه وبالجملة لايعقل قيام طرفى السلطنة بشخص واحد ـ وشيد بعض المحققين ذلك بان المسلط والمسلط عليه متضائفان والتضائف من اقسام التقابل فكيف يعقل اجتماعهما فى واحد (وفيه) انه لاارى محذورا فى اجتماع

١ـ الوسائل ـ باب ١٢ ـ من ابواب كتاب الهبات

المسلط والمسلط عليه فی شخص واحد وليس كل ماهومن اقسام التضائف من انحاء التقابل بل ماكان بينهما تغاير فی الوجود كالعلية والمعلولية ـ والا فالعالمية والمعلومية والمحبية والمحبوبية من اقسام التضائف وليستا من انحاء التقابل وتجتمعان فی شخص واحد ويحب الانسان نفسه ويعلم بنفسه ـ و السلطنة من هذا القبيل فان معناها كون الشخص قاهرا علی شخص و كون المسلط عليه تحت ارادته واختياره وهذا المعنی يمكن اجتماعه فی شخص واحد بل سلطنة الانسان علی نفسه من اعلی مراتب السلطنة كيف وقد ورد ـ ان الناس مسلطون علی انفسهم ـ ولـم يستشكل احد فی معقوليته ـ مع ـ ان المسلط عليه انما هو بمعنيين ـ احدهما من بضرره السلطنة ـ ثانيهما طرف السلطنة فمن سلطنة الانسان علی مافی ذمته لايلزم قيام طرفی السلطنة بشخص واحد .

ثانيهما ـ صحيح(١) معاوية بن عمار عن ابی عبدالله (ع) عن الرجل يكون له علی الرجل الدراهم فيهبها له اله ان يرجع فيها قال (ع) لا (وفيه) انه كما يلائم مع الهبة المصطلحة كك يلائم مع ارادة الابراء منه ـ بل فی المسالك استدل به علی ارادة الابراء منه ـ قال لانه لو لم يجعل ابراء بل هبة لما امكن اطلاق القول بجواز الرجوع كما سياتی انشاءالله تعالی من جوازه فيها فی مواضع كثيرة بخلاف الابراء فانه لازم مطلقا ـ وان كان يمكن الجواب عنه بانه لايرجع فيها من جهة سقوط مافی الذمة وهو فی حكم التلف .

وبماذكرناه يظهر وجه صحتها ابراء ـ ويشهد بها ـ مضافا الی ذلك ـ والی مادل(٢) علی العفو عن المهر(٣) والدية(٤) والقرض وغير تلكم من الموارد الخاصة اذالعفو فی هذه الموارد ابراء لمافی الذمة ـ انها عقد او ايقاع عقلائی لم يردع الشارع الاقدس عنها

١ـ الوسائل باب ١ من ابواب الهبات حديث ١

٢ـ البقرة آية ٢٣٧

٣ ـ النساء آية ٩٣

٤ـ الوسائل باب ١٣ من فعل المعروف ـ وباب ٢٣ من ابواب الدين

فتكون ممضاة عنده .

فهل هي عقد او ايقاع - الظاهر هو الثاني اذ لا حقيقة لتلك الهبة غير الاسقاط لا نقل شيء الى الملك - ويمكن الاستشهاد له بجملة من الايات والروايات لاحظ قوله تعالى(١) «الا ان يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح» حيث اكتفى في سقوط الحق بمجرد العفو ولا دخل للقبول في مسماه قطعا - وقوله تعالى(٢) «ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا» بناء على ما مر من عدم كون هبة ما على الشخص وصدقته اليه الا ابراء وليس فيه اعتبار القبول - ودعوى- ان في ابراء الشخص من ما هو ثابت في ذمته منة فلا يجبر على تحملها -مندفعة- بان اسقاط الانسان حقه ابتداء من دون ان يسئله من عليه الحق لا يظهر فيه منة يثقل تحملها على من عليه الحق عرفا - فالاظهر عدم اعتبار القبول فيها .

و اما هبة الدين لغير من عليه فالمعروف بينهم عدم الصحة و في المسالك عليه المعظم (وعن) الشيخ والحلي والمصنف ره في المختلف وجماعة صحتها (واستدل) للاول - بان القبض شرط في صحة الهبة و ما في الذمة يمتنع قبضه لانه ماهية كلية لا وجود لها في الخارج و الجزئيات التي يتحقق الحق في ضمنها ليست هي الماهية بل بعض افرادها و افرادها غيرها (وفيه) ان الحق الثابت في محله ان وجود الكلي عين وجود افراده وعليه فقبض احد افراده قبض له - وهذا يكفي في المقام (و ربما يستدل) للثاني مضافا الى ذلك بصحيح (٣) صفوان عن الرضا عليه السلام عن رجل كان له على رجل مال فوهبه لولده فذكر له الرجل المال الذي له عليه فقال عليه السلام انه ليس فيه عليك شيء في الدنيا و الاخرة يطيب ذلك له وقد كان وهبه لولده قال عليه السلام نعم يكون وهبه ثم نزعه فجعله لهذا (و الايراد) عليه بان الهبة للولد لا يجوز الرجوع فيها و قد حكم فيه بجوازه (مندفع) بانه انما جوز الرجوع فيه لانه لم يقبضه واطلاق

---

١ - البقرة آية ٢٣٧

٢- النساء آية ٩٣

٣- الوسائل -باب ٢ - من ابواب كتاب الهبات - حديث ١

النزع ح بلحاظ العقد و بماذكرناه يظهر حكم مالو وهبه كليا فى ذمته من دون ان يكون ثابتا قبل الهبة فى ذمته — وانه يصح وقبضه انماهو بقبض بعض افراده.

ثم انه اذاوهبه ديناله على غيره و كان المتهب مديونا لذلك الغيربقدره — فان قبضه الواهب و سلمه الى المتهب اواذن له فى القبض فقبضه ثم رده عليه عوضا عما عليه فلا كلام.

انما الكلام فى انه هل له ان يحتسب عليه بازاء ماعليه — ام لا — الظاهر ان له ذلك فانه ح بحكم القبض بل لامعنى للقبض الاجعله تحت سلطنته و اختياره فكانه بالاحتساب قدقبض الكلى على كليته وان شئت قلت ان المتهب ياذن لمن عليه الدين ان يقبض ماعليه للواهب من طرفه على وجه المعاوضة بينه وبين ماله على المتهب فلا اشكال فيه.

ثم انه قدظهر من جميع ماقدمناه صحة هبة المنافع وقبض المنفعة انما يكون بقبض العين — بل يصح هبة الحقوق القابلة للنقل وان لم تكن من الهبة المصطلحة ولم تشمله نصوص الباب لكنه تكفى العمومات فى صحتها.

الهبةمن العقود

الثانية — انما تصح الهبة (بايجاب و قبول) حيث انها تمليك من طرف و تملك من آخر و بعبارة اخرى خلع و لبس فيعتبر رضا كل من الخالع و اللابس و التزامه بذلك وحيث ان مجرد الالتزامات النفسانية لاعبرة بها مالم تبرز فلابد من مبرز من طرف الواهب وهو الايجاب ومن طرف المتهب وهو القبول — والقول فى ما يعتبر فيهما من العربية والماضوية وماشاكل هو الكلام فى ساير العقود فلايعتبر فيهماشيء سوى كون المبرز كاشفا عن الالتزام النفسانى عرفا — ولايعتبر فيهماعدم الفصل الطويل بينهما — ولا اللفظ بل يجرى المعاطاة فيها فان قيل انه قال الشهيد الثانى فى المسالك وظاهر الاصحاب الاتفاق على افتقار الهبة مطلقا الى العقد القولى فى الجملة —

وعليه فالاجماع دليل على عدم صحة الهبة المعاطاتية (قلنا) اولاان الاجماع المنقول ليس بحجة ـ وثانيا ـ ان مدرك المجمعين معلوم وهوما ذكروه فى جميع العقود لعدم جريان المعاطاة فيها ـ وعلى هذا فتنحل العويصة التى فى المقام وهو انه قد تعارف بين الناس الهبة الفعلية ويعاملون مع الموهوب معاملة الملك ويتصرفون فيه التصرفات المتوقفة على الملك.

ثم ان الاصحاب لما بنوا على اعتبار الايجاب و القبول اللفظيين فيها ورأوا ان المعهود(١) من فعل النبى صلى الله عليه وآله والائمة عليهم السلام المعاملة مع مايهدى اليهم معاملة الملكية. اذ كانت الهدايا تحمل اليهم فيقبلون ويرتبون آثار الملكية فان مارية القبطية قد اهداها بعض الملوك الى النبى صلى الله عليه وآله وكانت ام ولد له واهدى المختار الى على بن الحسين عليه السلام جارية فاولدها زيدا وهكذا التجأوا الى جعل الهدية غير الهبة وان ذلك انما هو فى الهدية الماخوذ فى حقيقتها ارسال شىء الى شخص بقصد الاكرام والاعظام دون الهبة وجعلوا المعهود من فعل المعصومين (ع) والسيرة المستمرة على ترتيب آثار الملكية عليها بمجرد الارسال من المهدى دليلا على عدم اعتبار الايجاب والقبول اللفظيين بل والفعلين ايضا فى خصوص الهدية دون الهبة.

ولكن بناء على ماقدمناه من جريان المعاطاة فيها على القاعدة لاحاجة الى تكلف الفرق بينهما بعد كون الهدية فى الحقيقة قسما من الهبة غاية الامر انها هبة مقرونة بقصد الاكرام والاعظام ـ ويجعل ذلك كله دليلا على المختار اذ الفرق بين اقسام الهبة غير ظاهر (فان قيل) ان المعاطاة لامعنى لها فى الهبة اصلا ـ بل فيها الاعطاء من جانب و الاخذ من الطرف الاخر (قلنا) ان عنوان المعاطاة لم يرد فى آية ولارواية كي يدور الحكم بالنفوذ وعدمه مدار صدقه وعدمه والمراد بها الانشاء الفعلى وهو يشمل الاعطاء من جانب واحد (فان قيل) ان المتعارف فى الهدايا الاكتفاء بالارسال من المهدى ووصولها الى المهدى اليه والسيرة قائمة على المعاملة معه معاملة الملك فلامناص عن البناء على الفرق

---

(١) التذكرة ج٢ ص٤١٥

بين الهدية وغيرها من اقسام الهبة (قلنا) ان المهدى انمايقصد التمليك مجانا و يظهره بالارسال الى المهدى اليه فهو انشاءمنه_وبعد الوصول الى المهدى اليه يقبل هو ذلك فيتم الايجاب والقبول ولايضر الفصل الطويل بينهما كما مرفى كتاب البيع.

القبض شرط فى صحة الهبة

الثالثة(و)المشهور بين الاصحاب انه يعتبر فى صحة الهبة (**قبض من المكلف الحر**) بل عليه الاجماع عن التذكرة والايضاح فلاتفيد الملكية قبله (وعن) الشيخين وابن البراج وابن حمزة والحلى والمصنف فى المختلف كونه شرطا فى اللزوم-يشهد للاول صحيح (١) ابان عمن اخبره عن الصادق (ع) النحل والهبة مالم تقبض حتى يموت صاحبها قال هى بمنزلة الميراث وان كان لصبى فى حجره واشهد عليه فهو جائز-ولو كانت الهبة مفيدة للملك بدون القبض لم ترجع ميراثا غاية الامر كون الوارث مخيرا فى الرجوع وعدمه ـ و موثق(٢) داودبن الحصين عنه(ع) الهبة والنحلة مالم تقبض حتى يموت صاحبها قال(ع) هى ميراث فان كان لصبى فى حجره فاشهد عليه فهو جائز وتقريب الاستدلال به كما في سابقه-وقوى (٣) ابى بصير عنه (ع) الهبة لاتكون ابدا هبة حتى يقبضها والصدقة جائزة عليه وتقريب الاستدلال به انه يدل على نفى الهبة بدون القبض وظاهر النفى كونه نفيا تشريعيا لاتكوينيا ـ و معنى النفى التشريعى عدم ترتب الاثر عليها ـ وعلى هذا فدلالة الخبر على نفى الصحة بدون القبض لو لم تكن بالصراحة لاريب فى انها قريبة منها ولامجال للمناقشة فيها بما ذكروه .

واستدل للقول الاخر بالامر (٤) بالوفاء بالعقود ـ وبصحيح (٥) ابى بصير عن ابى عبدالله (ع) الهبة جائزة قبضت اولم تقبض قسمت اولم تقسم والنحل لايجوز حتى

١ـ ٣-٥ـ الوسائل- باب ٤- من ابواب كتاب الهبات حديث ١ - -٧-٤

٢ـ الوسائل باب ٥- من ابواب الهبات حديث ٢

٤ـ المائدة آية٢

يقبض وانما اراد الناس ذلك فاخطأوا. وخبر (١) عبدالرحمان بن سيابة عنه (ع) اذا تصدق الرجل بصدقة اوهبة قبضها صاحبها اولم يقبضها علمت اولم تعلم فهى جائزة (ولكن) يتوجه على الاول انه دليل اللزوم لاالصحة - مع انه لو كان دالاعلى صحة كل عقدم لزم تقييده بمامر - واما الخبران فالمراد من الجواز فيهما يحتمل اللزوم كمافهمه الشيخ فى محكى الاستبصار لا الصحة و يؤيده اطلاق الجواز عليه فى روايات الهبة بذى الرحم الاتية - وفى خبر (٢) الاقرار وغيرذلك من الموارد وعلى هذا فلم يقل احد بمضمونهما لاتفاق الاصحاب على عدم اللزوم بدون القبض مع ان اكثر افراد الهبة جائزة حتى بعدالقبض - ويحتمل ان يراد به النفوذ المترقب منها - جوازا اولزوما - فيرد عليهما ايضا مامر اذالهبة بذى الرحم حكمها اللزوم ونفوذها انما يكون كك مع الاتفاق على اشتراط لزومها بالقبض - ويحتمل ان يراد به الجواز المقابل للزوم فلايدل الخبران ح على اشتراط القبض فى اللزوم بل يدلان على عدمه وايضا غاية مايدلان عليه ح جواز الرجوع فى الهبة قبل القبض وهذا يلائم مع اشتراط القبض فى تأثيرها فى الملكية - كمايلائم مع حصول الملكية قبل القبض - واما حملهما على ارادة ان الهبة تؤثر فى حصول الملك وان لم تقبض الذى هو مبنى الاستدلال فهو يحتاج الى قرينة عليه مفقودة .

ثم انه على فرض التنزل وتسليم دلالتهما على ذلك انهما لايصلحان للمقاومة مع النصوص المتقدمة المشهورة بين الاصحاب - فان الشهرة اول المرجحات فتقدم هى فالاظهر ان القبض شرط فى صحة الهبة بمعنى انها لاتؤثر فى حصول الملكية الابعد القبض .

(٩) فرع المصنف على ذلك انه **(لووهبه مافى ذمته كان ابراء)** وقدمر الكلام فى ذلك فى المسألة الاولى وعرفت ماهو الحق .

(ويشترط فى القبض اذن الواهب) كما هو المشهور بين الاصحاب وفى

١- الوسائل - باب ٤ - من ابواب كتاب الهبات حديث ٣

٢- الوسائل باب ٣- من ابواب الاقرار

المسالك هذا مما لاخلاف فيه عندنا ـ وفي الرياض بلاخلاف اجده فيه بل عليه في نهج الحق والدروس والمسالك اجماع الامامية ـ وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه ـ (واستدلوا له) بالاجماع ـ وباصالة عدم ترتب الاثر وعدم الانتقال مع عدم اطلاق يوثق به في تناول مثله ـ وبان مادل على شرطيته ظاهر في غير القبض بدون اذن الواهب بناء على قرائة يقبضها من باب الافعال او التفعيل ـ وبحرمة القبض بدون اذنه بناء على كونه شرطا في حصول الملك فان المال قبل القبض ملك للواهب فلايجوز التصرف فيه بلا اذن صاحبه (وفي الكل نظر) اما الاول فلمعلومية مدرك المجمعين ـ واما الثاني فلان الاصل لامورد له مع اطلاق الدليل ـ ومنع اطلاق يوثق به كما ترى ـ واما الثالث فلان اشتراط الاقباض خلاف المتفق عليه لبنائهم على كفاية كون المال بيد المتهب ـ اللهم الا ان يقال ان ابقاء المال عنده اقباض وعلى اى حال المتيقن من دليل الشرط اعتبار وصول المال الى يد المتهب والزايد على ذلك اعتباره مشكوك فيه يرتفع بالاطلاق ـ واما الرابع فلان الحرمة لاتوجب فساد القبض مع انها مطلقا ممنوعة ـ فالاظهر عدم اعتبار اذن الواهب .

ثم انه قال المصنف ره (الا ان يهبه مافي يده) ويحتمل ان يكون ذلك استثناء عن اعتبار القبض فمراده انه لو كان الموهوب حال الهبة في يد المتهب لايحتاج الى قبض جديد كما هو المشهور بين الاصحاب ـ و يحتمل ان يكون استثناء من اعتبار الاذن في القبض فمراده انه لايعتبر الاذن في هذا الفرض وهو ايضا مشهور ـ وعلى كل حال فهو متين على ماقدمناه من عدم اعتبار الاذن في القبض مطلقا .

ولكن على القول الاخر (فتارة) يستدل لعدم اعتباره في الفرض بانصراف مادل على اعتبار القبض الماذون فيه عن الفرض (واخرى) بان اجراء الواهب للعقد كاشف عن رضاه بالقبض (وثالثة) بعموم العلة في خبر (١) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في الرجل

١ ـ الوسائل ـ باب ٤ ـ من ابواب كتاب الوقوف حديث ١

يتصدق على ولده - فان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز لان والده هو الذى يلى امره - فانه يدل على ان كونه فى قبض الولى كاف من دون اعتبار قيد وكفايته انما هى بلحاظ ان قبض الولى قبض للمولى عليه فيدل على كفاية ذلك وان لم يكن هناك اذن - ولكن - يتوجه (على الاول) انه لامنشأ للانصراف المزبور سيما بناء على اعتبار الاقباض خصوصا اذا لم يكن الواهب عالما بان المال فى يد المتهب (و على الثانى) ان من الجائز ان يكون للواهب نظر خاص فى الهبة بدون القبض كان يجعلها معلقة - اوغير ذلك من الاحتمالات والحاصل ان محل الكلام مالم يحرز رضاه بذلك (و على الثالث) ان المفروض فى الخبر قبض الواهب ولاية عن الصغير فالاذن هناك موجود ولاربط له بالمقام .

ثم انه لاخلاف (و) لااشكال فى ان (**للاب و الجد ولاية القبول والقبض عن الصغير والمجنون**) - كما لهما الولاية على العقود والايقاعات بتوابعهما عنهما على مامر مفصلا فى كتاب البيع - ويترتب على ذلك انه لو وهب الولى ما فى يده للمولى عليه الصغير أ والمجنون لم تفتقر الى قبض جديد ولاالى مضى زمان يمكن فيه القبض بل يكفى قبضهما (ويشهد) بذلك فى الصغير مضافا الى كونه على وفق القاعدة - صحيح ابان - وموثق داود المتقدمان المتضمنان لقوله (ع) وان كان الصبى فى حجره فهو جائز و ايضا يشهد به التعليل فى خبر (١) على بن جعفر عن اخيه (ع) اذا كان اب تصدق على ولده الصغير فانها جائزة لانه يقبض لولده اذ كان صغيرا - وقريب منه غيره .

وهل يعتبر قصد القبض عن الصبى كما عن المصنف ره ام لا كما هو المشهور - وجهان - اظهرهما الثانى لاطلاق الاخبار (ولو) وهبا للصغير ما ليس فى يدهما - فالظاهر اعتبار قبضهما كما هو المشهور - اذ الخبران منصرفان الى صورة كون المال فى يدهما والتعليل فى الخبرين الاخيرين يدل على اعتباره (ولو) كان المتهب ولدا كبيرا يعتبر قبضه ولايكفى قبض الولى - من غير فرق بين الذكر والانثى وما عن الاسكافى من عدم اعتباره فى الانثى مادامت فى حجره - لاوجه له سوى القياس .

---

١ - الوسائل باب ٥ من ابواب الهبات حديث ٥

حكم الهبة من حيث اللزوم والجواز

الرابعة (وليس له الرجوع بعد الاقباض ان كانت لذى الرحم اوبعد التلف اوالتعويض وفى التصرف خلاف وقيل الزوجان كالرحم وله الرجوع فى غير ذلك) فهيهنا فروع .

١- المشهور بل ربما ادعى الاجماع عليه انه يجوز الرجوع بعد القبض الافى مواضع مخصوصة قد وقع الاتفاق على بعضها والخلاف فى بعض كما سيمر عليك- ومقتضى القاعدة هو اللزوم الاماخرج كما هو الشان فى جميع العقود - ولكن فى خصوص المقام روايات خاصة وهى طائفتان .

الاولى - مايدل على ماذهب اليه المشهور لاحظ صحيح(٢) جميل والحلبى عن ابى عبدالله(ع) اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع والافليس له- وصحيح(٢) محمد بن مسلم عن ابى جعفر(ع) الهبة والنحلة يرجع فيهما انشاء حيزت اولم تحز الالذى رحم فانه لايرجع فيها - وصحيح(٣) البصرى وعبدالله بن سنان(سليمان يب) عن ابى عبدالله(ع) عن الرجل يهب الهبة ايرجع فيها ان شاء ام لافقال(ع) تجوز الهبة لذوى القرابة والذى يثاب عن هبته ويرجع فى غير ذلك ان شاء - ومرسل(٤) ابان كالصحيح عنه(ع) قال سألته هل لاحد ان يرجع فى صدقة أوهبة قال(ع) اماماتصدق به لله فلا واما الهبة والنحلة فانه يرجع فيها حازها اولم يحزها وان كان لذى قرابة- وصحيح (٥) زرارة عنه (ع) فى حديث ولاينبغى لمن اعطى لله شيئا ان يرجع فيه ومالم يعط لله وفى الله فانه يرجع فيه نحلة كانت اوهبة حيزت ام لم تحز ولايرجع الرجل فيما يهب لامرئته ولاالمرئة فيما

١- الوسائل- باب ٨- من ابواب كتاب الهبات حديث ١

٢-٣-٤- الوسائل - باب ٦- من ابواب كتاب الهبات حديث ٢-١-٣

٥- اورد صدره فى الوسائل- باب ٣- من ابواب كتاب الهبات حديث ١ - وذيله فى ١و٢

تهب لزوجها حيز اولم يحز وموثق(١) عبيد بن زرارة عن الصادق(ع) في حديث ولمن وهب اونحل ان يرجع في هبته حيزاولم يحز الى غير تلكم من النصوص .

الثانية مايدل على عدم جواز الرجوع في الهبة كخبر(٢) ابراهيم بن عبدالحميد عن ابي عبدالله(ع) انت بالخيار في الهبة مادامت في يدك فاذا خرجت الى صاحبها فليس لك ان ترجع فيها قال رسول الله صلى الله عليه وآله من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه وخبر(٣) ابي بصير عن الرجل يشتري المبيع فيوهب له الشيء فكان الذي اشترى لؤلؤا فوهب له لؤلؤا فرأى المشتري في اللؤلؤ انيردا يرد ماوهب له قال(ع) الهبة ليس فيها رجعة وقد قبضها انما سبيله على البيع فان رد المبتاع المبيع لم يرد معه الهبة- وخبر(٤) محمد ابن عيسى كتبت الى على بن محمد(ع) رجل جعل لك جعلني الله فداك شيئا من ماله ثم احتاج اليه اياخذه لنفسه ام يبعث به اليك قال(ع) هو بالخيار في ذلك مالم يخرجه عن يده ولو وصل الينا لرأينا ان نواسيه وقد احتاج اليه -وخبر(٥) جراح المدائني عن ابي- عبدالله(ع) قال رسول الله صلى الله عليه وآله من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه .

ولكن الطائفة الثانية - اكثر ها ضعيفة السند - واعم مطلق من الاخبار الاولة لشمولها للهبة المعوض عنها وماقصد بها القربة وهبة ذي الرحم - فيقيد اطلاقها بها - ومع الاغماض عن الجهتين الجمع العرفي بينهما انماهو بحمل الثانية على الكراهة- وان ابيت عن ذلك فهي معرض عنها عند الاصحاب لعدم لزوم الهبة بقول مطلق اتفاقا وعلى فرض التنزل فهي لاتصلح لمقاومة النصوص الاولة - فالاظهر ان الهبة من العقود الجائزة الاماخرج بالدليل(فان قيل) انه لو كانت الهبة من العقود الجائزة لزم ان تنفسخ بالجنون والاغماء والموت ومن المعلوم هنا خلافه(قلنا) انه قدمر انه لا دليل على هذه الكبرى الكلية - وانها غير تامة - وعلى فرض التسليم يقيد اطلاق الكبرى بمادل على

١-٢-٥- الوسائل - باب ١٠- من ابواب كتاب الهبات -حديث ١-٢-٣

٣- الوسائل - باب ١٩ - من ابواب الخيار من كتاب البيع-حديث ١

٤- الوسائل - باب ٤ - من ابواب كتاب الهبات - حديث ٨

عدم انفساخ الهبة بها .

لزوم الهبة لذى الرحم وهبة احد الزوجين للاخر

٢- لايجوز الرجوع فى هبة الابوين للاولاد بعد القبض وكذا العكس ويشهد به - صحيحا محمد - و البصرى وعبدالله بن سليمان المتقدمان - ولا يعارضهما مرسل ابان المتقدم - لعدم صلاحيته للمقاومة معهما لكونهما مشهورين بين الاصحاب والشهرة اول المرجحات ولاصحية سندهما - ويمكن ان يقال ان قوله فى المرسل وان كان ... الخ انما يرجع الى قوله عليه السلام أولم يحزها فالمعنى انه ان لم يحزها لافرق بين ذى الرحم وغيره - فلايعارض المرسل الصحيحين (ثم انه) مقتضى اطلاق الصحيحين عدم الفرق بين الولد وولد الولد - وبين الذكور والاناث - وبين الاولاد الصغار والكبار وانه لايجوز الرجوع فى شىء من تلكم الموارد - فما - عن السيد المرتضى فى الانتصار من جعل الهبة جائزة مطلقا مالم يعوض عنها - شاذ لايعبأ به والغريب انه ره ادعى الاجماع عليه مع ظهور الاجماع على خلافه (واما) ماعن المبسوط من الفرق بين كبار الاولاد وصغارهم وان لزوم الهبة مختص بالصغار - فيمكن ان يكون مراده على مانبه عليه صاحب الجواهر صورة ماقبل القبض حيث انه فى الصغار لاحاجة الى القبض كما عرفت فلايكون خلافا فى المسألة .

وكذا لايجوز الرجوع فى هبة ساير الارحام بعد القبض لاطلاق الصحيحين المتقدمين - وعن بعضهم جوازه واستدل له بمرسل ابان - لكنه قد عرفت حاله وحمله على غير الابوين والاولاد - وحمل الصحيحين عليهم جمع تبرعى لاشاهد له -

واما هبة كل من الزوجين للاخر - فعن جماعة عدم جواز الرجوع فيها لصحيح(١) زرارة عن ابى عبدالله عليه السلام انما الصدقة محدثة انما كان الناس على عهد رسول الله (ص) ينحلون ويهبون ولاينبغى لمن اعطى لله شيئا ان يرجع فيه قال ومالم يعط لله وفى الله

١- اورد صدره فى الوسائل - باب ٣- من ابواب كتاب الهبات حديث ١ وذيله فى ١ ر ٧

فانه يرجع فيه نحلة كانت او هبة حيزت او لم تحز ولا يرجع الرجل فيما يهب لامرئته ولا المرئة فيما تهب لزوجها حيز او لم يحز لان الله تعالى يقول «ولا تاخذوا مما آتيتموهن شيئا» وقال «فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريا» وهذا يدخل فی الصداق والهبة. هكذا فی الفروع والتهذيب - وفی الاستبصار زاد ولا يحل لكم ان تأخذوا.

ولكن المشهور بين الاصحاب هو الجواز - لصحيح (١) محمد بن مسلم عن احدهما (ع) عن رجل كانت له جارية فآذته امراته فيها فقال - هی عليك صدقة فقال (ع) ان كان قال ذلك لله فليمضها وان لم يقل فله ان يرجع ان شاء فيها - و يتوجه على الاستدلال به انه من المحتمل ان يكون المراد به انه حيث يكون المفروض فيه الصدقة فان قصد بها القربة فهی صحيحة والا فلا لاشتراطها بقصد القربة و لا نظر له الى الهبة ويؤيده لفظة على فانه لم يجعلها صدقة لامرئته بل عليها - فلا معارض لصحيح زرارة وان كان هو ايضا لا يخلو عن اشكال لدلالته على لزومها حتى مع عدم القبض اللهم الا ان يقال انه لا ايراد على الخبر من هذه الجهة لامكان الالتزام بذلك فی هبة الزوج خاصة - او يقال ان عدم العمل ببعض الخبر لا يسقطه عن الحجية بالنسبة الى باقی مدلوله و على هذا فالمتعين هو البناء على لزوم هبة احد الزوجين للاخر - و الاحتياط فی هبة الزوج قبل القبض لا يترك (ثم) الظاهر كما قيل عدم الفرق بين الدائم و المنقطع والمدخول بها وغيرها بل والمطلقة الرجعية.

لزوم الهبة بالتلف

٣ - المعروف بين الاصحاب انه اذا تلف المال الموهوب فلا رجوع و ان كان المتهب اجنبيا بل عليه الاجماع فی بعض الكلمات و يمكن ان يستدل لذلك بوجهين.

احدهما ان المتيقن من دليل جواز الهبة فی مقابل اصالة اللزوم هو جواز رد

---

١ - الوسائل. باب ٧ من ابواب الهبات حديث ٢

العين والرجوع فيها كما في النصوص لاجواز عقد الهبة بمعنى التسلط على فسخ العقد توضيح ذلك ان الجواز قد يتعلق بالعقد من كل وجه ـ وقد يتعلق به من جهة خاصة وهو فسخه باسترداد العين خاصة والمتيقن الثابت بالادلة في المقام هو الثاني و بعد التلف لايمكن استرداده فيصير العقد لازما (وما) عن المحقق الخراساني ره من ان متعلق الرد ملكية العين لانفسها والملكية كما يصح انتزاعها من الموجود كك يصح انتزاعها من التالف فانها من الاعتباريات وهي لاتتوقف على موضوع موجود وعليه فالموضوع و ان كان هو رد العين الا انه يمكن بعد التلف (يظهر) جوابه مما ذكرناه في تقريب هذا الوجه ـ فان المدعى ان الثابت بالادلة جواز فسخ العقد باخذ العين نفسها ـ لاجوازه من كل وجه وهذا لايمكن مع تلف العين .

ويترتب على هذا الوجه انه لو تلف البعض لايجوز الرجوع في البعض الآخر فان المتيقن من الادلة فسخ العقد برد الموهوب بتمامه .

الوجه الثاني صحيح (١) جميل والحلبي عن الصادق (ع) اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع والافليس له ـ اذ من المعلوم انه مع التلف لايصدق قيامها بعينها لان الظاهر منه بقاء الموهوب في ملكه ولو تلف لايصدق ذلك ـ كما ـ انه لو تلف بعض الموهوب لايصدق ايضا قيام العين بعينها وان كانت قائمة ببعضها .

بقي الكلام في انه اذا حدث في العين عيب وخرجت عن خلقتها الاصلية واوجب نقصا فيها هل يصدق قيام العين بعينها ام لا ـ الظاهر هو الثاني كما يشهد به مرسل (٢) جميل الوارد في خيار العيب عن احدهما (ع) في الرجل يشتري الثوب او المتاع فيجد فيه عيبا قال (ع) ان كان الشيء قائما بعينه رده على صاحبه واخذ الثمن وان كان الثوب قد قطع او خيط اوصبغ يرجع بنقصان العيب ـ فانه يدل على ان المراد بقيام العين بعينهاما ينافيه مثل الصبغ والخياطة والقطع ـ فحدوث العيب ايضا ينافيه .

١ـ الوسائل باب ٨ من ابواب الهبات حديث ١

٢ـ الوسائل ـ باب ١٦ ـ من ابواب الخيار من كتاب البيع ـ حديث ٣

ويترتب على ماذكرناه في هذا الفرع اولا وآخرا - انه اذامات المتهب بعد القبض سقط جواز الرجوع لان القدر المتيقن الثابت بالادلة جواز الرجوع على المتهب و المرجع في غيره اصالة اللزوم - وايضا - ان المال بموته ينتقل الى ورثته فلايكون قائما بعينـه .

ولو مات الواهب بعد الاقباض فهل تلزم الهبة كما عن المصنف ره والشهيد والفخر والمحقق الثانـي وغيرهم - ام لا - الظاهر هو اللزوم لاصالته بعد كون المتيقن من الدليل المخرج رجوع الواهب نفسه (ودعوى) ان حق الرجوع ينتقل الى ورثته لعموم مادل على ان ماتركه الميت من مال اوحق فلوارثه (فيها) اولا - ان كون ذلك حقا لا بلا للنقل والانتقال غير معلوم فلعله من الاحكام والعموم المشار اليه لا يصلح لاثبات كونه كك فان ذلك مفروض في موضوعه - وثانيا - ان المنتقل الى الوارث انما هو الحق المتروك اى مايكون مطلقا وقابلا للبقاء بعد الموت و كون هذا الحق كك غير معلوم اذلعله مختص بالواهب نفسه وبموته ينتهي امده ولايكون باقيا - والاستصحاب لامورد له في المقام.

التصرف من ملزمات الهبة

٤- اختلف الاصحاب من المتقدمين و المتاخرين في سقوط جواز الرجوع بتصرف المتهب في العين الموهوبة للاجنبي مع عدم ساير المسقطات على اقوال -١- السقوط وعدم جواز الرجوع مطلقا اى تصرف كان حتى سكنى الدار وركوب الدابة وتعليفها ولبس الثوب ونحو ذلك ذهب اليه الشيخان وابن البراج وابن ادريس واكثر المتاخرين كذا في المسالك -٢- عدم سقوطه مطلقا و بقاء الجواز الثابت قبل التصرف نسب ذلك الى الاسكافي والديلمي والحلبي وابن زهرة العلوى مدعيا عليه الاجماع واختاره المحقق في الشرايع -٣- التفصيل بلزومها مع خروج الموهوب عن ملكه او تغيير صورته كقصارة الثوب ونجارة الخشب و عدمه بدون ذلك كالركوب

والسكنى واللبن ونحوها من الاستعمالات وهو قولات ابن حمزة والشهيد فى محكى الدروس وجماعة من المتاخرين .

وتنقيح القول فى المقام بالبحث فى موارد (الاول) فى ما اذا نقل المتهب المال الموهوب عن ملكه بعقد لازم ـ والحق عدم جواز الرجوع ح لما عرفت من ان المتيقن من ادلة الجواز ما اذا بقيت العين على صفة الملكية للمتهب ـ وايضا لا يصدق قيام العين فلا رجوع له ـ مع ان الناقل اذا كان لازما امتنع الرد و معه لا معنى لفسخ العقد الذى قد عرفت ان الثابت بالدليل فسخ العقد برد العين (ولو) عادت العين اليه بفسخ فهل يعود جواز الرجوع لاستصحاب جوازه الذى موضوعه ما يملكه المتهب وهو محفوظ قبل النقل و بعد الفسخ ـ ام لايجوز ـ لان الموضوع تبدل حين ما انتقل المال عنه فلايجري الاستصحاب وجهان اظهر هما الثانى .

الثانى لو كان الناقل عقدا جائزا ـ فالظاهر سقوط الجواز لعين مامر فان المال ليس قائما بعينه ولايمكن استرداد العين للواهب فان معنى جواز العقد الثانى جواز فسخه للمتهب لا للواهب فبالنسبة اليه العقد الجائز واللازم سيان .

الثالث مالو تصرف المتهب فى العين تصرفا مغيراً للصورة ـ فالظاهر عدم جواز الرجوع ح ايضا لقوله (ع) فى الصحيح اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع فيها والافليس له اذ من المعلوم عدم صدق قيام العين مع تغيير صورتها كما يشير اليه مرسل جميل المتقدم الوارد فى خيار العيب ـ ان كان الثوب قائما بعينه رده على صاحبه واخذ الثمن وان كان الثوب قد قطع اوخيط اوصبغ رجع بنقصان العيب فان التفصيل قاطع للشركة فيعلم منه مقابلة تغيير الصورة للقيام بعينه .

الرابع مالو تصرف فى المال الموهوب تصرفا غير مغير للصورة ـ فالظاهر بقاء جواز الرجوع لاطلاق الادلة (وقد استدل) على عدم جواز الرجوع ح ـ بان ـ الاصل هو اللزوم فى كل عقد خرج عنه مالولم يتصرف فيه فمع التصرف يرجع الى الاصل الثابت بالادلة ـ وبان ـ جملة من النصوص تدل على لزوم الهبة خرج عنها قبل

التصرف خاصة ـ وبالاجماع ـ والى هذه الثلاثة يرجع ماذكره فى المسالك من الوجوه العشرة للزوم بالتصرف مطلقا قال وهذه الادلة جمعتها من تضاعيف عبارات اصحاب هذا القول ولم يتفق جمعها لاحدمنهم هكذا (ولكن) يتوجه على الاول مامر من تعين الخروج عن هذا الاصل فى باب الهبة وان الاصل فيها الجواز الاماخرج بالدليل ـ وعلى الثانى ما تقدم من ان نصوص لزوم الهبة ضعيفة سندا ـ وقاصرة دلالة عليه ـ وعن مقاومة نصوص الجواز ـ وعلى الثالث ان دعوى الاجماع مع مصير الأكثر الى الخلاف كماترى ـ فالاظهر عدم كونه موجبا لسقوط الجواز .

الخامس ماذا مزج العين الموهوبة ـ فالظاهر سقوط جواز الرجوع ايضافان المزج ان كان موجبا للتلف الحقيقى وتبدل صورتها النوعية الى صورة نوعية اخرى ـ اوكان موجبا للتلف عرفا كمالو صبغ شيء باللون الموهوب ـ فلمامر فى صورة تلف المال ـ وان لم يكن موجباله ـ فان كان المزج موجبا للشركة كمالو مزج منامن الدهن الموهوب بمن آخر ـ فالوجه فى السقوط تبدل الملكية الاستقلالية الى الاشاعية فلا يمكن الرد خارجا ولاملكا ـ ولايكون العين قائمة (لايقال) ان ذلك فيما لومزجه بمال الغير لافيما اذامزجه بمال نفسه (فانه) يتوجه عليه انه لورجع الواهب وصار ملكا له انما يملك بالاشاعة لا استقلالا ـ وان لم يكن المزج موجبا للشركة ـ فلان الرد الملكى وان كان ممكنا الان الخارجى منه غير ممكن والمتيقن من دليل جواز الرجوع هو الرجوع برد العين مع ان العين قدتغير وصف من اوصافها فلاتكون قائمة بعينها .

السادس مالو اجار المال ـ او اعاره ـ او اودعه ـ وماشاكل ـ والضابط انه ان صدق بقاء المال بعينه جاز الرد والافلا ـ ومع الشك يشك فى جواز الرجوع فكما لايصح التمسك بالدليل المخرج لايجوز التمسك بعموم مادل على الجواز لكونه تمسكا بالعام فى الشبهة المصداقية فالمتعين ح البناء على اللزوم للشك فى تاثير الرجوع و الاصل عدمه .

٥- قدظهر مماقدمناه ـ انه ان عاب المال عند المتهب فلارجوع ـ وبه يظهر مافى المتن

قال (فان عاب فلا ارش و) اما (ان زادت زيادة متصلة) كالسمن وماشاكل - فالظاهر جواز الرجوع لصدق بقاء المال بعينه فانه زاد ولم ينقص اللهم الا ان يقال اذا كان قصارة الثوب او خياطته وصبغه موجبة لعدم بقاء المال بعينه فكيف لايكون كذلك مع حصول الزيادة المتصلة كالسمن والحمل سيما اذا تحقق ذلك بفعل المتهب ولا اقل من الشك فى صدقه - وعليه فالاظهر عدم جواز الرجوع.

ثم انه على القول بالجواز - لا وجه لما ذكره المشهور من انه ان رجع الواهب (تبعت) الزيادة - اذ بعد كون الرجوع فسخا لعقد الهبة من حينه لا من الاول وكون المال قبل الرجوع للمتهب وتحقق الزيادة فى ملكه ولذا قالوا (والا) اى وان لم تكن الزيادة متصلة بل كانت منفصلة (فللموهوب له) لا وجه للقول برجوع الزيادة - خصوصاً الحاصلة من فعله الى الواهب بل الاوجه هو الشركة ان لم يكن اجماع.

الهبة المعوضة لازمة

-٦- لا اشكال ولا كلام فى مشروعية الهبة المعوضة باقسامها الثلاثة المتقدمة - وهى ان يهب المال ويشترط على المتهب هبة شيء - وان يهبه ويكون داعيه هبة المتهب - وان يهب المال ويشترط النتيجة اي كون المال الاخر ملكا له - لاطلاق ادلة الهبة والشرط.

ولا كلام ايضاً فى انه اذا عوض عن الهبة تصير لازمة ويشهد به صحيح (١) عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام اذا عوض صاحب الهبة فليس له ان يرجع - ونحوه غيره - ولا فرق فى العوض بين القليل والكثير - ولا بين كونه مشروطا فى ضمن الهبة وعدمه ومقتضى اطلاق النص ان لا يعتبر رضا الواهب وان كان له فى صورة عدم الاشتراط عدم القبول لعدم كونه ملزما به ولكن لو قبله صارت الهبة معوضة لايجوز الرجوع فيها - ومع اطلاق الهبة بدون اشتراط التعويض لايجب

١- الوسائل - باب ٩- من ابواب كتاب الهبات حديث - ١

التعويض على المتهب (فما) عن الشيخ وابى الصلاح من وجوبه مطلقا كما عن الاول اوفى هبة الادنى للاعلى كما عن الثانى - لاوجه له - نعم - يجب مع الاشتراط لوجوب الوفاء بالشرط .

بل لايجوز له التصرف فى المال قبل ان يفى بالشرط لخبر (١) القاسم بن سليمان عن الصادق (ع) عن الرجل يهب الجارية على ان يثاب فلايثاب اله ان يرجع فيها قال عليه السلام نعم ان كان شرط عليه قلت ارأيت ان وهبها له ولم يثبه ايطأها ام لاقال عليه السلام نعم اذا كان لم يشترط حين وهبها - بناء على عدم الفرق بين الجارية وغيرها - وقد يقال ان المراد به البناء على عدم الاثابة - فلو كان بانيا عليها يجوز له التصرف بمقتضى منطوق الخبر .

ثم انه قال فى المسالك ولافرق فى العوض بين كونه من بعض الموهوب وغيره عملا بالاطلاق ولانه بالقبض بعد العقد مملوك للمتهب فيصح بذله عوضا عن الجملة انتهى- واورد عليه - بانه كالتعويض بالكل يعد ردا لاتعويضا - وفيه ان صدق الرد غير مناف لصدق التعويض فما افاده الشهيد متين .

فى الصدقة

ثم انه لااشكال ولاخلاف فى مشروعية الصدقة والنصوص الدالة عليها متواترة وفى الكتاب ايضا آيات تدل عليها (٢) قال الله تعالى «وماتنفقوا من خير يوف اليكم» و قال (٣) سبحانه «والذين فى اموالهم حق معلوم للسائل والمحروم» و قال (٤) النبى صلى الله عليه وآله الصدقة تدفع ميتة السوء -(٥) وقال صلى الله عليه وآله ان الله لااله الاهو ليدفع بالصدقة

١- الوسائل باب ٩ - من ابواب كتاب الهبات حديث - ٢

٢- البقرة آية ٢٧٢

٣- المعارج آية ٢٥

٤- الوسائل - باب ١ - من ابواب الصدقة من كتاب الزكاة حديث ٢

٥- الوسائل باب ٩- من ابواب الصدقة حديث ١

الداء والدبيلة والحرق والغرق والهدم والجنون وعدسبعين بابا من السوء (١) وقال الباقر عليه السلام - صنايع المعروف تدفع مصارع السوء وقال الصادق عليه السلام (٢) المعروف شيء سوى الزكاة فتقربوا الى الله تعالى بالبر وصلة الرحم الى غير تلكم من الايات و الاخبار (ويشترط) في الصدقة بعد اهلية المتصدق للتصرف الايجاب والقبول لمامر في الهبة - ويكتفي فيهما بالفعل كمامر - وتصح مع الفصل الطويل بين الايجاب والقبول (ويعتبر) فيها القبض ففي الصحيح (٣) وغيره الاتيين في الوقف في الرجل يتصدق على ولده قد ادركوا فقال (ع) اذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث .

وتمام الكلام في هذا المقام في ضمن (**مسائل الاولى لايجوز الرجوع في الصدقة بعد الاقباض وان كانت على الاجنبي**) على الاظهر الاشهر بل عليه عامة من تاخر وعن الحلي الاجماع عليه كذا في الرياض - ويشهد به صحيح (٤) زرارة عن ابي عبدالله عليه السلام - ان الصدقة محدثة انما كان الناس على عهد رسول الله (ص) ينحلون و يهبون ولاينبغي لمن اعطى الله شيئا ان يرجع فيه قال ومالم يعط لله وفي الله فانه يرجع فيه نحلة كانت اوهبة الحديث والمعتبرة (٥) المستفيضة انما مثل الذى يتصدق بالصدقة ثم يعود فيها مثل الذى يقيء ثم يعود في قيئه (وعن) الشيخ في المبسوط جواز الرجوع قال ان صدقة التطوع عندنا بمنزلة الهبة في جميع الاحكام الى ان قال وكل من له الرجوع في الهبة له الرجوع في الصدقة عليه - ويرده مامر (**ولو قبضها من غير اذن المالك قالوا لم تنتقل اليه**) وقدمر في الهبة مايظهر منه اظهرية الانتقال .

(**الثانية ولابد في الصدقة من نية القربة**) بلاخلاف - بل الفرق بينها وبين

١- الوسائل باب ١- من ابواب فعل المعروف من كتاب الامر بالمعروف حديث ٩

٢- الوسائل - باب ٧- من ابواب ماتجب فيه الزكاة وماتستحب فيه حديث ١٣

٣- الوسائل - باب ٤- من ابواب كتاب الوقوف والصدقات

٤- الوسائل - باب ٣- من ابواب كتاب الهبات حديث ١

٥- الوسائل - باب ١١- من ابواب كتاب الوقوف والصدقات

الهبة انما يكون بذلك ـ ويشهد به ـ مضافا الى الاجماع عليه المعتبرة (١) المستفيضة الدالة على انه لاصدقة الا ما اريد به وجه الله سبحانه ونحوها كثير من النصوص الاتية.

(الثالثة يجوز الصدقة على الذمي وان كان اجنبيا) كما صرح به جماعة من الاصحاب وعن ابن ابي عقيل المنع من الصدقة على غير المؤمن وظاهر بعض الاصحاب ان الخلاف في الصدقة على الذمي كالخلاف في الوقف عليه وسياتي الكلام في الوقف عليه ـ يشهد للاول مضافا الى اطلاق الادلة وقوله (٢) تعالى «لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم» جملة من النصوص لاحظ خبر (٣) عمرو بن ابي نصر قلت لابي عبدالله (ع) ان اهل البوادي يقتحمون علينا وفيهم اليهود والنصارى والمجوس فنتصدق عليهم قال ﷺ نعم. ومرسل (٤) الصدوق عنه (ع) عن السائل ولايدري ماهو فقال (ع) اعط من وقعت له الرحمة في قلبك ونحوهما غيرهما .

(الرابعة صدقة السر افضل) قال الله (٥) تعالى « وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم» وقال الصادق ﷺ في خبر عمار (٦) الصدقة والله في السر افضل من الصدقة في العلانية ـ **(الا مع التهمة)** في ترك المواساة فيظهرها دفعا للتهمة ـ والحمد لله اولا وآخرا .

الفصل الثاني في الوقف

ويطلق عليه الصدقة ايضا ـ بل الغالب في الاخبار التعبير عن الوقف بالصدقة

١ـ الوسائل ـ باب ١٣ ـ من ابواب كتاب الوقوف والصدقات

٢ـ الممتحنة الاية ٨

٣ـ ٤ـ الوسائل ـ باب ٢١ ـ من ابواب الصدقة من كتاب الزكاة ـ حديث ٧ ـ ٤

٥ـ البقرة الاية ٢٧١

٦ـ الوسائل باب ١٣ ـ من ابواب الصدقة من كتاب الزكاة ـ حديث ٣

بل بلفظ الوقف قليل - فالوقف هو الصدقة الجارية - وحقيقته تحبيس العين و تسبيل المنفعة - كما في النبوى (١) - حبس الاصل وسبل الثمرة - وهو ثابت بالنص والاجماع وقد ورد في الاخبار الحث عليه .

و البحث في هذا الفصل يقع في مطالب الاول في العقد ومايلحق به وفيه مسائل - الاولى ظاهر الاصحاب اعتبار اللفظ فيماينشأبه الوقف وانه بدونه غير صحيح - ولقد اطالوا البحث في اللفظ الصريح فيه وغير الصريح ففي المتن (**وصريح الفاظه وقفت والباقي بقرينة**) وقال بذلك غيره وعللوه بانه الموضوع له لغة وشرعا - و صرح جماعة منهم بان اوقفت بالهمزة لغة شاذة - وفي المسالك والظاهر ان الصيغة بها صحيحة وان كانت غير فصيحة - واختلفوا في حبست وسبلت فقيل انه يصير وقفا من غير توقف على القرينة وقيل لايكون الامع القرينة والمتجه كفاية كل مايدل على المعنى المشار اليه ولو بضميمة القرائن كما في ساير العقود .

جريان المعاطاة في الوقف

الثانية مقتضى ماذكروه من اشتراط الصيغة عدم كفاية المعاطاة - وعن الذكرى والسرائر كفايتها في المسجد لان معظم المساجد في الاسلام على هذه الصورة - والاقوى كفاية تلك في جميع الاوقاف لاطلاق الادلة .

وقد استدل لعدم جريان المعاطاة في الوقف بوجهين (احدهما) ان القول باللزوم فيه مناف لما اشتهر بينهم من توقف اللزوم على اللفظ والجواز غير معروف في الوقف من الشارع (وفيه) اولا ان اللزوم لايتوقف على اللفظ كما حقق في كتاب البيع - وثانيا ان الاجماع على جواز المعاطاة مختص بالمعاملة التي يجتمع فيها الصحة مع الجواز ولايشمل مالاتجتمع فيه معه - وبعبارة اخرى المجمع عليه عدم اللزوم مع الصحة - واما عدم اللزوم غير المجتمع معها فلايكون مشمولا له - وثالثا انه يمكن ان يجعل هذا بنفسه

١- المستدرك باب ٢- من ابواب الوقوف والصدقات حديث ١

دليل اللزوم فيه فيقال ان المعاطاة تفيد اصل الوقف واما اللزوم فهو ثابت بمقتضى الدليل الخاص الدال على ان كل وقف صحيح لازم (واما) الجواب عن ذلك بانه لامانع من جواز الوقف ولم يدل دليل على عدم اجتماع الوقف والجواز بل الوقف قبل القبض جائز (فيرده) ان القبض جزء المؤثر فقبله لايكون المؤثر تاما كى يكون لازما اوجائزا وقد ورد عنهم عليهم السلام (١) ماجعل لله فلا رجعة له فيه وظاهر ذلك ان ماكان لله لايلائمه الرجوع وهذا غيرقابل للتخصيص .

ثانيهما ماعن المحقق النائينى ره وهو يختص ببعض اقسام الوقف ـ وحاصله ان بعض اقسامه كالوقف الخاص اولمصرف خاص كالوقف لتعزية سيد الشهداء سلام الله عليه من جهة عدم كون فعل مصداقا له لايجرى فيه المعاطاة (وفيه) انا لانتصور معاملة لايكون فعل فيها مصداقا لتلك المعاملة بالمعنى المعقول وهو كون الفعل مظهرا عرفا للاعتبار النفسانى لااقل من الافعال التى يفهم الاخرس مقاصده بها ـ مثلا اذا سأل احد عن من يريد وقف ماله هل توقف هذا المال لمصرف خاص فحرك رأسه قاصدا به انشاء الوقف يكون هذا الفعل بضميمة القرائن الموجودة مصداقا لعنوان الوقف فالاظهر صحة الوقف المعاطاتى مطلقا ويعضده السيرة القطعية ـ فى مثل الفرش للمساجد فان الذى استقرت سيرة المتشرعة عليه شرائها واعطائها للمسجد من دون اجراء الصيغة وكذا تعمير المساجد الخربة بالنسبة الى الالات المعمولة فيها (ودعوى) انها من قبيل الاباحة بينة الفساد ـ وماعن التذكرة فى جعل الحصير للمسجد انه من قبيل تمليك المسجد وليس وقفا ـ وان كان معقولا نظرا الى ان الملكية من الامور الاعتبارية ولامانع من اعتبارها للمسجد الا انه خلاف المرتكز العرفى فانه لايخطر ببال احد من اهل العرف هبة المسجد ولم يعهد قبول الناظر لها وقبضه ـ فالحق كون ذلك كله من قبيل الوقف المعاطاتى والله العالم .

---

١ ـ الوسائل ـ باب ١١ ـ من ابواب كتاب الوقوف والصدقات

اشتراط القبول فى الوقف

الثالثة اختلفوا فى اشتراط القبول فى الوقف على اقوال -١- ما عن ظاهر الاكثر حيث ذكروا الايجاب ولم يتعرضوا الذكر القبول وهو عدم اشتراطه مطلقا - ٢ - ما عن التذكرة وهو الاشتراط مطلقا - ونسب الى الاكثر ايضا من جهة اطباقهم على ان الوقف من العقود - ٣ - التفصيل بين الاوقاف العامة مثل الوقف على الفقراء او الفقهاء او المساجد فالاول - والاوقاف الخاصة وهى ما كان الوقف على جهة معينة كشخص معين او جماعة معينين فالثانى - والى هذا القول ذهب الشهيد فى الدروس ويظهر من المحقق فى الشرايع والشارح فى المسالك الميل اليه كما فى الحدائق .

والاظهر عدم اعتبار القبول مطلقا لاطلاق الادلة بعد صدق الوقف على فعل الواقف خصوصا على القول بان الوقف فك ملك لا تمليك - واصالة عدم الاشتراط وخلو النصوص الواردة المتضمنة لاوقاف المعصومين (ع) عن ذكر القبول لاحظ - ما تضمن (١) صدقة على بن ابى طالب (ع) بداره التى فى بنى زريق - وخبر (٢) عجلان المتضمن لصدقة صادق الال داره وحديث (٣) صدقة الكاظم (ع) بارض له على اولاده - وغير تلكم من الاخبار وليس فى شىء منها الاشارة الى القبول - اضف الى ذلك سيرة المتشرعة فى الوقف على الجهات فانه لا ترى فى شىء من تلك الموارد قبول الناظر او الحاكم.

واستدل لاعتباره بانه عقد فيعتبر فيه القبول كساير العقود - وبان ادخاله فى ملك الغير بغير رضاه بعيد - وباصالة بقاء الملك على ملك مالكه بدونه (ولكن) الاول مصادرة محضة - ويتوجه على الثانى اولا النقض بالطبقات اللاحقة اذ لم يقل احد باعتبار قبولهم - وثانيا - بانه لو تم لاختص بالوقف على شخص معين او اشخاص معينين - وثالثا - قد عرفت ان الوقف فك ملك لا تمليك - ورابعا - انه لا مانع من الالتزام به لو دل عليه الدليل وقد عرفت وجوده وكم

---

١ - ٢ - الوسائل - باب ٦ - من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٤ - ٣

٣ - الوسائل - باب ١٠ - من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٤

لمن نظير - وعلى الثالث - انه لامورد للاصل مع وجود الدليل - فالاظهر عدم اعتباره مطلقا - وعلى فرض التنزل فالمتعين البناء على اعتباره فى الوقف الخاص - اما الوقف العام فلا محل للترديد فى عدم اشتراطه فيه والله العالم .

شرائط الوقف

المطلب الثانى فى الشرائط - وهى اربعة اقسام - القسم الاول شرائط الوقف (وشروطه) خمسة - والمصنف لما كان يرى اعتبار (القبول) فى الوقف جعلها ستة واما جعله من الشروط على تقدير اعتباره - مع - انه جزء العقد فلان حقيقة الوقف انما هو فعل الواقف وبالايجاب يتم الوقف عرفا ولو كان القبول معتبرا فانما هو لكونه من شرائط الصحة وتأثير فعل الواقف فى حصول الاثر.

وكيف كان فاول شروطه (التقرب) كما هو المشهور وعن الحلى و السيد ابن زهرة اجماع الامامية عليه - واستدل له بالاجماع - وباطلاق الصدقة عليه فى الاخبار و هو يعتبر فيها - ففى الموثق (١) والصحيح(٢) لاصدقة ولاعتق الاماريد به وجه الله عزوجل وتوضيح هذا الوجه - ان اطلاق الصدقة على الوقف اما على وجه الحقيقة فيكون الوقف من مصاديقها فيعتبر فيه ما يعتبر فى كل صدقة واما ان يكون على وجه الاستعارة والتشبيه - وهما يقتضيان الشركة فى الاحكام اما جملة او المتبادر منها خاصة ولاريب ان اشتراط القربة فى صحة الصدقة من اظهر احكامها - وباتباع الائمة وفوفاتهم المأثورة بقولهم ابتغاء وجه الله سبحانه - و بان الاصل عدم صحة الوقف خرج عنه الوقف مع قصد القربة وبقى الفاقد له - وباصالة التعبدية فى التكاليف اذ لاريب فى انه من المستحبات ومقتضى ذلك الاصل اعتباره فيه .

ولكن يتوجه على الاول - انه لم يثبت كونه تعبديا ولعل مستند المجمعين بعض

---

١ - ٢ - الوسائل - باب١٣ - من ابواب كتاب الوقوف والصدقات - حديث٢ - ٣

ما ذکر ـ و علی الثانی انه لو کانت الاخبار متضمنة لحمل الصدقة علی الوقف مثل ـ الوقف صدقة کان هذا الوجه تاما ـ و لکن لیس فی الاخبار الا اطلاق الصدقة علی الوقف و لازم ذلك ان للصدقة معنی عاما یصدق علی الوقف و اما ان کل وقف یصدق علیه الصدقة فلا یستفاد من تلك الاخبار و علیه فمن الممکن کون النسبة بین العنوانین عموما من وجه ـ و علی الجملة لا اشکال فی انه اذا لم یقصد القربة بالوقف لایطلق علیه الصدقة ـ واما ان ذلك یقتضی بطلانه بنحو یصلح ذلك لتقیید اطلاق مادل علی صحة الوقف بقول مطلق فلایستفاد من تلك الاخبار ـ وعلی الثالث انه لا کلام فی صحة نیة القربة فیه و ارجحیة تلك ـ وانما الکلام فی لزومها ـ و فعل المعصومین علیهم السلام اعم من ذلك ـ وعلی الرابع ان مقتضی اطلاق ادلة الوقف صحة کل مایصدق علیه هذا العنوان ومعه لامورد للاصل المزبور ـ بل یمکن ان یقال ان الوقف من الایقاعات العقلائیة امضاها الشارع الاقدس ولایعتبر فیما علیه بناء العقلاء قصد القربة وعلی الخامس ماحقق فی محله من ان الاصل کون المامور به توصلیا حتی یثبت خلافه ـ مع ـ ان للوقف حکمین ـ الصحة ـ والاستحباب وقصد القربة الثابت بالاصل انما هو فی الحکم الثانی دون الاول ـ فتحصل ـ ان الاظهر عدم اعتبار قصد القربة فی الوقف (نعم) ترتب الثواب علیه موقوف علی قصد القربة فانه من آثار التقرب الی الله تعالی لامن آثار الفعل المجرد .

یعتبر فی الوقف الاقباض

(و) الثانی مما قالوا باشتراطه فی الوقف (الاقباض) والظاهر عدم الخلاف فیه وفی المسالك الاجماع علیه ویشهد به صحیح(١) صفوان بن یحیی عن ابی الحسن علیه السلام عن الرجل یقف الضیعة ثم یبدو له ان یحدث فی ذلك شیئاً فقال علیه السلام ان کان وقفها لولده ولغیرهم ثم جعل لها قیما لم یکن له ان یرجع فیها وان کانوا صغارا وقد شرط ولایتها

---

١ ـ الوسائل باب ٤ ـ من ابواب کتاب الوقوف والصدقات ـ حدیث ٤ ـ

لهم حتی بلغوا فیحوزها لهم لم یکن له ان یرجع فیها وان کانوا کبارا ولم یسلمها الیهم و لم یخاصموا حتی یحوزوها عنه فله ان یرجع فیها لانهم لایحوزونها و قد بلغوا و خبر (۱) محمد بن جعفر الاسدی فیما ورد علیه من جواب مسائله من محمد بن عثمان العمری عن صاحب الزمان ارواحنا فداه و اما ما سئلت عنه من الوقف علی ناحیتنا ومایجعل لنا ثم یحتاج الیه صاحبه فکل مالم یسلم فصاحبه فیه بالخیار و کلما سلم فلاخیار فیه لصاحبه احتاج اولم یحتج افتقر الیه اواستغنی الی ان قال واماماسئلت عنه من امر الرجل الذی یجعل لناحیتنا ضیعة ویسلمها من قیم یقوم فیها ویعمرها ویؤدي من دخلها خراجها ومؤونتها ویجعل مابقی من الدخل لناحیتنا فان ذلک جائز لمن جعله صاحب الضیعة قیما علیها انما لایجوز ذلک لغیره ـ ومادل(۲) علی انه لومات الواقف قبل القبض رجع میراثا ـ وسیمر علیک ـ فلا اشکال فی اصل الحکم .

وتمام الکلام فی هذا الشرط فی ضمن فروع ـ۱ـ هل القبض شرط للصحة کما هوالمشهور ـ ام للزوم کما هوظاهر الغنیة والشرایع واللمعة ـ ظاهر صحیح صفوان هوالثانی لقوله فله ان یرجع فیها ـ ای الضیعة ـ ولو کان شرطا للصحة لکانت الضیعة باقیة علی ملکه فلا معنی للرجوع فیها ـ وخبر الاسدی یلائم مع کل منهما ـ وکذامادل علی انه لومات الواقف قبل القبض رجع میراثا ـ وعلی هذا فان کان اجماع علی کونه شرطا للصحة ـ والا فالمتجه کونه شرطا للزوم وعلیه فحکم النماء المتخلل بین العقد والقبض ظاهر .

ثم انه علی القول بانه شرط للصحة فهل هو کاشف او ناقل ـ مقتضی اطلاقات الوقف هوالاول ـ فانها تقتضی عدم اعتبار القبض وحصول النقل بمجرد اجراء الصیغة والمتیقن من مادل علی شرطیة القبض, عدم حصوله مع عدم القبض واما انه علی تقدیره

ـ۱ ۲ـ الوسائل باب ۴ من ابواب کتاب الوقوف والصدقات حدیث ـ۸ـ۵

فلايثبت النقل من الاول فلابدل عليه وقياس الاعتباريات بالشرط الخارجي للموجود الخارجي في غير محله ـ فالمتجه كونه كاشفا .

بطلان الوقف بموت الواقف قبل القبض

٢ـ اذامات الواقف قبل القبض بطل الوقف بلاخلاف ـ واستدل له بخبر(١) عبيد بن زرارة عن الصادق(ع) في رجل تصدق على ولدله قدادركوا قال اذالم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث فان تصدق على من لم يدرك من ولده فهوجائز لان الوالد هو الذي يلي امره وقال ﷺ لايرجع في الصدقة اذاتصدق بهاابتغاء وجه الله (واورد) عليه في المسالك باحتمال ان يريد بالصدقة معناها الخاص فلايكون دليلا قال ويؤيده قوله في آخر الحديث وقال لايرجع... الخ فان هذا الحكم من خواص الصدقة الخاصة (اقول) الاصحاب وان فهموا من الخبر ان المراد بالصدقة في صدر الخبر اما الوقف اوالصدقة بالمعنى الاعم الشامل له وذيل الخبر لاينافيه اذيمكن ان يكون ذلك خبرا آخر كمايؤيده تكرار لفظ قال ـ مع ان كون ذلك من خواص الصدقة بالمعنى الاخص ممنوع بل هو من خواص كل صدقة اريدبها وجه الله كماقيد به في الخبر (ولكن) كون الصدقة لها معنيان ـ المعنى الاخص والمعنى الاعم غير ثابت و مجرد الاستعمال اعم من الحقيقة وليس استعمالها في غير المعنى الاخص بمقدار استعمالها فيه وفهم الاصحاب ليس حجة فشمول الخبر لغير الصدقة بالمعنى الاخص مشكل (اللهم) الاان يقال ان الصدقة لهامعنى عام كمايظهر من موارد استعمالها واستعمال ساير مشتقات هذه المادة وان استعمالها في المعنى الخاص من باب اطلاق اللفظ الموضوع للمعنى العام على بعض مصاديقه وعليه فمقتضى اطلاق الخبر ثبوت هذا الحكم للوقف ـ فتامل ـ فان هذا محل نظر بل منع وعلى اي حال الحكم من المسلمات عندهم و كفى به مدركا .

١ـ الوسائل ـ باب ٤ـ من ابواب كتاب الوقوف والصدقات ـ حديث ٥

هذا كله فی موت الواقف - واما اذا مات الموقوف عليه قبل القبض فهل يبطل ايضا ام لا بل يصح اذا قبض البطن اللاحق - وجهان (استدل) للاول بان ذلك شان العقد الجائز فضلا عن الذی لم يتم ملكه - وبان - الظاهر ان المعتبر قبض من كان طرفا فی اجراء الصيغة فلا يكفی قبض غيره فانه نظير قبول غير من خوطب بالايجاب - و بانه - لو مات الموقوف عليه قبل القبض يكون بمنزلة المعدوم فيكون مثل الوقف علی معدوم ثم موجود (ولكن) يتوجه علی الاول ما تقدم من ان ذلك ليس شان العقد الجائز وعلی فرضه فهو شان العقد الجائز واسرائه الی العقد اللازم الذی لم يتم اركانه قياس مع الفارق - و علی الثانی ان الايجاب ليس مختصا بالموجودين بل لجميع الطبقات وعليه فكما انه مع عدم موت الطبقة الاولی يكتفی بقبضهم عن قبض ساير الموقوف عليهم - فكذلك مع موتهم يكتفی بقبض الطبقة الثانية - ويتوجه علی الثالث - ان الوقف انما كان علی موجود ثم معدوم و انما لم يكن العقد تاما لفقد شرط من شروطه الخارج عن حقيقة الوقف سيما علی ما قويناه من كون القبض شرط اللزوم لا شرط الصحة -- فالاظهر عدم بطلان الـوقف .

اشتراط القبض فی الوقف علی الجهات العامة

٣ - ظاهر كلمات الاصحاب انه يشترط القبض فی الوقف علی الجهات العامة كالوقف علی المساجد وماشاكل - وكذا فی الوقف علی الفقراء والزوار ونحوهم من الاصناف وكذا فی وقف المسجد والمدرسة والمقبرة - ولكن اخبار القبض مختصة بغير المذكورات فالقول بعدم اعتبار القبض فيها غير بعيد وعلی فرض اعتباره ففی الوقف علی الاصناف يكفی قبض واحد منهم (قيل) انه لابد من قبض الحاكم عن الجميع ولا يكفی قبض واحد منهم لان الموقوف عليه الجنس (وفيه) انه لو كان الوقف علی الجميع بنحو العموم بحيث لزم التقسيم علی الجميع صح ما افيد وهو فی الحقيقة منحل الی اوقاف عديدة - واما الوقف علی الجنس كما لو وقف دارا علی العلماء فيكفی قبض

واحد منهم كما ذكروه في وقف المسجد انه يكفي صلاة واحدة فيه وفي وقف المقبرة يكفي دفن واحد فيها - واما في الوقف على الجهات فلابد من قبض الحاكم الشرعي او الماذون من قبله وفي جميع هذه الموارد لو جعل الواقف تولية الوقف لشخص وجعله قيما يكفي قبضه كما يشهد به صحيح صفوان المتقدم - ان كان اوقفها لولده ولغيرهم ثم جعل لها قيما لم يكن له ان يرجع - والتوقيع الشريف - ويسلمها من قيم يقوم فيها - وبذلك يظهر ان ماذكره جماعة من انه يجوز للواقف في الوقف على الاصناف ان ينصب قيما لخصوص القبض ولو بعد الوقف وانه يكفي ح قبضه خصوصا مع فقد الحاكم مستنداً الى الخبرين في غير محله وقوله ﷺ ثم جعل لايدل على التراخي وان نصب القيم يكون بعد الوقف والله العالم .

-٤- المشهور اعتبار كون القبض فيما يعتبر فيه ذلك ان يكون باذن الواقف - والمستند في ذلك ان المعتبر هو الاقباض ويشهد به قوله (ع) في التوقيع الشريف المتقدم فكل مالم يسلم فصاحبه بالخيار الظاهر في ان المناط تسليم الواقف وقوله (ع) في صحيح صفوان وان كانوا كبارا لم يسلمها اليهم الخ ولايعارضهما قوله في الصحيح ولم يخاصموا حتى يحوز وهاعنه - بدعوى ان ظاهره جواز المخاصمة مع الواقف للقبض - فان الظاهر منه بقرينة التعدية بعن هو المخاصمة معه في الاقباض فما افاده من اعتبار الاذن والاقباض هو الاظهر .

-٥- اذا وقف الاب على اولاده الاصاغر لم يحتج الى قبض جديد لالعدم اعتبار القبض اصلا لانصراف ادلته عنه - فانه يرده مافي صحيح صفوان المتقدم وقد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن . الخ بل لان قبضه ولاية عليهم قبض لهم - لعموم ادلة الولاية ولصحيح صفوان المتقدم - وصحيح (١) محمد بن مسلم عن الباقر (ع) في الرجل يتصدق على ولده وقد ادركوا اذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث فان تصدق على من

---

١ - الوسائل - باب ٤ - من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ١

لم يدرك من ولده فهو جائز لان والده هو الذي يلي امره - ونحوه خبر (١) على بن جعفر - و هما بعموم العلة يدلان على المقام - وان قلنا بشمول الصدقة للوقف فالامر او ضح .

وعلى هذا فهل يعتبر قصد كونه عن المولى عليه ام لا وجهان لايبعد دعوى عدم اعتباره كما عن جماعة لاطلاق الاخبار - بل عن كاشف الغطاء ولو نوي الخلاف فالاقوى الجواز - ولاباس به جمودا على الاطلاق .

ثم انه قد ظهر مما ذكرناه انه لو وقف اجنبى على الصغير **(يتولى الولى القبض عن الطفل و)** ايضا ظهر مما قدمناه في الفروع السابقة - ان **(للناظر في المصالح القبض عنها)**.

عدم اعتبار التنجيز في الوقف

(و) الثالث من شرائط الوقف **(التنجيز)** عند المشهور فلو قال وقفت اذا جاء رأس الشهر او ان قدم زيد لم يصح - و في الجواهر بلا خلاف ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه - و في المسالك اشتراط تنجيزه موضع و فاق - ولا دليل بالخصوص لاعتباره في الوقف وانما ذكروا في وجه الاعتبار ما ذكروه وجها لاعتباره في مطلق العقود - وقد مر الكلام في ذلك في كتاب البيع وغيره من الكتب المتقدمة و عرفت عدم تمامية شيء من ماذكر - وانه لادليل له سوى الاجماع وعلى ذلك فحيث افاد صاحب الحدائق في المقام وهذا الشرط لم اقف عليه في جملة من كتب المتقدمين منها كتاب النهاية للشيخ والمبسوط وكتاب السرائر لابن ادريس وكذا المقنعة للشيخ المفيد ره فانه لم يتعرض احد منهم لذكره في الكتب المذكورة انتهى - فالقول بعدم الاعتبار قوى لعدم الاجماع - سيما في التعليق على الصفة التى لابد من وقوعها - و اما التعليق على وصف موجود او شرط متحقق -- فلا اشكال في صحته كما مر تفصيل القول

١- الوسائل -باب ٥- من ابواب كتاب الهبات- حديث ٥

فى ذلك .

عدم اعتبار الدوام فى الوقف

(٩) الرابع من شروط الوقف (الدوام) بمعنى عدم توقيته بمدة كعشر سنين على المشهور و فى الجواهر بل الاجماع محصله و محكيه فى الغنية و عن الخلاف والسرائر عليه .

واستدل له بالاجماع - وبان - التابيد معتبر فى مفهومه ولذا قالوا ان لفظ وقفت صريح فى الوقف بخلاف ساير الالفاظ فانها بضميمة القرائن - وبالنصوص المشتملة على اوقاف الائمه عليهم السلام فانها مشتملة على التابيد لاحظ خبر (١) ربعى بن عبد الله عن ابى عبد الله (ع) فى صورة وقف امير المؤمنين (ع) بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به على ابن ابى طالب (ع) وهو حى سوى تصدق بداره التى فى بنى زريق صدقة لاتباع ولا توهب حتى يرثها الله الذى يرث السماوات و الارض واسكن هذه الصدقة خالاته ما عاشن وعاش عقبهن فاذا انقرضوا فهى لذى الحاجة من المسلمين الحديث ونحوه خبر (٢) عجلان ابى صالح فى صورة وقف الامام الصادق (ع) وخبر (٣) عبد الرحمان المتضمن لوقف الكاظم (ع) وفيه تصدق بجميع حقه من ذلك على ولده من صلبه الرجال والنساء - الى ان قال صدقة حبسا بتلا بتا لامشوبة فيها ولاردا ابدا ابتغاء وجه الله تعالى سبحانه الحديث وتقريب الاستدلال بها ان الظاهر من الوصف كونه صفة لنوع الصدقة لالشخصها - ويبعد كونه شرطا خارجا عن النوع ماخوذا فى الشخص مع ان سياق الاشتراط يقتضى تاخره عن ركن العقد اعنى الموقوف عليهم - وبالاصل - فان المتعين من دليل مشروعية الوقف صورة التابيد وفى غيرها يرجع الى اصالة الفساد .

ولكن يتوجه على الاول عدم ثبوت كونه تعبديا - وعلى الثانى ان التابيد غير

---

١ - ٢ - الوسائل - باب ٦ - من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٢-٣

٣ - الوسائل - باب ١٠ - من ابواب كتاب الوقوف والصدقات - حديث ٥

معتبر فی مفهوم الوقف الذی اتفق النص و الفهم العرفی و كلمات الاصحاب علی انه تحبیس الاصل و تسبیل المنفعة كما مر - مضافا الی اطلاق الوقف علی المنقطع فی الاخبار كما سیاتی - ویتوجه علی الثالث منع كون الظاهر من الوصف كونه صفة لنوع الوقف - نعم - دعوی عدم كونه شرطا خارجیا عن الوقف ماخوذا فی الشخص قریبة - ولكن المدعی ان للوقف صنفین احدهما الدائم والاخر المنقطع - كالنكاح الدائم والمنقطع - ففی الدائم لیس هناك وقف و قید دوام بل المنشأ والمتحقق شیء واحد وهو الوقف دائما وابدا - والنصوص المتقدمة لاتنفی ذلك - وعلی الرابع ان اطلاق ادلة الوقف نظیر قوله ﷺ (١) الوقوف تكون علی حسب مایوقفها اهلها انشاءالله تعالی یدل علی صحة الوقف المنقطع .

و یشهد لها مضافا الی ذلك صحیح (٢) علی بن مهزیار قلت له روی بعض موالیك عن ابائك علیهم السلام ان كل وقف الی وقت معلوم فهو واجب علی الورثة و كل وقف الی غیر وقت جهل مجهول فهو باطل مردود علی الورثة وانت اعلم بقول ابائك علیهم السلام فكتب ﷺ هكذا هو عندی فانه ظاهر فی صحة الوقف المنقطع والاصحاب لما كان بنائهم علی اشتراط التابید حملوه علی صحته حبسا (و الشیخ) قده حمل الوقت فیه علی الموقوف علیه دون المدة - استنادا الی صحیح (٣) الصفار كتبت الی ابی محمد ﷺ اسأله عن الوقف الذی یصح كیف هو وقد روی ان الوقف اذا كان غیر موقت فهو باطل مردود علی الورثة واذا كان موقتا فهو صحیح ممضی و قال قوم ان الموقت هو الذی یذكر فیه انه وقف علی فلان وعقبه فاذا انقرضوا فهو للفقراء والمساكین الی ان یرث الله الارض ومن علیها الی ان قال والذی هو غیر موقت ان یقول هذا وقف و لم یذكر احدا فما الذی یصح من ذلك وما الذی یبطل فوقع ﷺ الوقوف بحسب مایوقفها اهلها انشاءالله (وفیه) اولا انهما خبران لاربط لاحدهما بالاخر فلاوجه لجعل احدهما

---

١ - الوسائل - باب ٢ - من ابواب كتاب الوقوف والصدقات

٢ -٣- الوسائل باب ٧ -من ابواب كتاب الوقوف والصدقات - حدیث ١-٢

قرينة على الاخر فتامل- وثانيا انه ليس فى الثانى سوى تفسير قوم الموقت بالموقوف عليه والسائل لم يسئل عن ذلك حتى يكون عدم جوابه تقرير الهم - بل سئل عن مايصح من ذلك ومالايصح واجاب عليه السلام بان الوقف صحيح على حسب مايوقف- وعليه فهو ايضا يدل على صحة الموقت (فما) اختاره جماعة ومال اليه اخرون كالشهيد الثانى ره وصاحب المفاتيح وسيد العروة وغيرهم من عدم اشتراط التابيد هو الاصح.

الوقف على النفس

(و) الشرط الخامس (اخراجه عن نفسه) بمعنى ان يكون الوقف على غيره فلو وقف على نفسه بطل وهذا مما لاخلاف فيه بين اصحابنا كما فى المسالك و الحدائق وعن التذكرة نسبته الى علمائنا وعن السرائر الاجماع عليه - وهو الحجة فيه - والا ففيما ذكروه وجها له نظر بل منع.

لانهم قد استدلوا له - تارة بعدم تعقل الوقف على النفس لاقتضاء الوقف نقل المنفعة خاصة اومع العين الى الموقوف عليه ولامعنى لنقل ملكه الى نفسه - واخرى - بفحوى النصوص الاتية الدالة على عدم صحة اشتراط العود اليه عند الحاجة - وثالثة - بخبر (١) طلحة بن زيد عن الصادق عليه السلام عن ابيه عليه السلام ان رجلا تصدق بدار له وهو ساكن فيها فقال عليه السلام الحين اخرج منها - ورابعة - بمكاتبة (٢) على بن سليمان الى ابى الحسن عليه السلام جعلت فداك ليس لى ولد ولى ضياع ورثتها عن ابى و بعضها استفدتها ولا آمن الحدثان فان لم يكن لى ولد وحدث بى حدث فماترى جعلت فداك - لى ان اقف بعضها على فقراء اخوانى و المستضعفين او ابيعها و اتصدق بثمنها عليهم فى حياتى فانى أتخوف ان لاينفذ الوقف بعد موتى فان وقفتها فى حياتى فلى ان آكل منها ايام حياتى ام لافكتب عليه السلام فهمت كتابك فى امر ضياعك فليس لك ان تاكل منها من الصدقة فان انت اكلت منها لم تنفذ ان كان لك ورثة فبع و تصدق ببعض

---

١ - ٢ - الوسائل - باب ٣ - من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٣-١

ثمنها في حياتك وان تصدقت امسكت لنفسك مايقوتك مثل ماصنع امير المؤمنين عليه السلام

وفي الكل نظر - اما الاول فلانه لو سلم كون الوقف نقلا للمنفعة الى الموقوف عليه مع انه محل تامل انه يمكن تصحيحه في الوقف على النفس بان مقتضى الوقف حيث يكون ايقاف العين وحبسها ولازم ذلك في نفسه حبس المنفعة ايضا اذ بعدما تخرج العين عن ملك الواقف لاتكون المنفعة له - فكما له ان يملكها بغيره كذلك له ان يبقيها لنفسه - وبعبارة اخرى لم يؤخذ في حقيقة الوقف التمليك بالغير كي يكون ابقاء المالك المنفعة في ملكه منافيا له - وعليه فلامانع من هذه الجهة في ان يوقف العين ويحبسها ويجعل منفعتها لنفسه ولايكون ذلك خارجا عن حقيقة الوقف. واما الجواب عن ذلك كما في ملحقات العروة بانه لامانع من تبديل ملكية بملكية اخرى عليه بنحو آخر - فلم افهم مراده قده - و اما الثاني فلمنع الاولوية مع انه سياتي عدم دلالتها على مااستدل بها له - واما الثالث فلانه ظاهر في لزوم الخروج عن البيت بعد ان وقفه على الغير ولايدل على عدم جواز الوقف على النفس. واما الرابع فلانه لو لم يدل على جواز الوقف على النفس من جهة قوله (ع) وان تصدقت امسكت لنفسك مايقوتك بدعوى ظهوره في انه اذا وقف واراد ان ياكل منه مدة حياته فليجعل في ضمن اجراء الصيغة شيئا منه ليقوت به. لايدل على المنع فانه يدل على انه لو وقف على الفقراء لايجوز له ان ياكل مادام حياته ولايدل على عدم جواز جعل شيء من الوقف على نفسه. فالمتحصل انه لادليل على المنع عن الوقف على النفس سوى الاجماع .

ثم انه على القول ببطلان الوقف على نفسه - لو وقف على نفسه ثم على غيره بطل بالنسبة الى نفسه وكان من الوقف المنقطع الاول - ولو وقف على غيره ثم على نفسه كان من الوقف المنقطع الآخر ولو وقف على غيره ثم على نفسه ثم على غيره كان منقطع الوسط وسياتي حكم هذه الصور بالنسبة الى غيره -

حكم مالوشرط الواقف شرطا لنفسه

ثم ان تمام الكلام في هذا المقام انما يكون بالبحث في فروع -١- لو وقف على غيره وشرط اداء ديونه او ادرار موؤنته ففيه اقوال - بطلان الشرط والوقف ذهب اليه المشهور سواء شرط اداء دين معين او اطلق الدين و سواء شرط ادرار مؤونته الى آخر العمر او الى مدة معينة وسواء عين مقدار المؤونة اولم يعينه - صحة الوقف و بطلان الشرط - صحتهما معا - وجه الاول - كونه شرطا مخالفا لمقتضى الوقف اذ مقتضاه خروجه عن العين والمنفعة - ووجه الثاني انه غير مناف لمقتضى الوقف غايته كونه غير جائز وفاسدا والشرط الفاسد لايفسد .

والحق ان يقال - انه تارة يشترط على الموقوف عليه ان يؤدى دينه اويدر مؤونته من ماله ولو من غير منافع الوقف فلا اشكال في صحة الوقف والشرط ان اجتمعت ساير شرائط صحة الشرط - اذ لم يجعل المنفعة لنفسه - واخرى يشترط عليه اداء دينه مثلا من منفعة الوقف لكن بعد تملكه اياها - وهذا ايضا خال عن الاشكال ويكون الوقف والشرط صحيحين - وثالثة يشترط استثناء مقدار ديونه من منفعة الوقف - وهذا ايضا خال عن الاشكال والفتاوى متفقة على صحة ذلك - ورابعة يجعل الوقف على نفسه بمقدار دينه مثلا وعلى غيره وهذا موجب لبطلان الوقف بالنسبة الى نفسه ولكن لاوجه لبطلانه بالنسبة الى غيره فيما يخصه وهو الزايد عن مقدار دينه فيصح وقفه له ويبقى بمقدار دينه في ملكه وله ان يفعل به ماشاء - فالمتحصل عدم البطلان في شيء من الموارد .

وبذلك يظهر حكم مالو شرط نفقة زوجته الدائمة واما لو شرط نفقة اولاده اوغيرهم من اقربائه او نفقة زوجته الانقطاعية - فلا موجب للاشكال اصلا .

٢- لا كلام في انه يجوز ان يجعل مقدارا من المنافع لحق التولية وح فان جعل التولية لنفسه جازله اخذ ذلك المقدار - اذ ليس ذلك من الوقف على النفس لعدم كون المتولي موقوفا عليه بل انما ياخذ مقدارا من المال بازاء تصديه لذلك وتعبه

فی حفظ الوقف واصلاحه وصرف منافعه فی مصارفه ومن الجائز جعله من قبیل استثناء هذا المقدار من المنافع - وماعن المحقق القمی ره من ان ذاك من قبیل الوقف علی نفسه فلایجوز فی غیر محله .

فی بیان صور امکان انتفاع الواقف

٣- اذا وقف الواقف علی صنف من الاصناف كالعلماء او الفقراء او الزوار وماشاكل و كان منهم فان كان المراد التوزیع علیهم - فهو بالنسبة الی نفسه من قبیل الوقف علی النفس فلایجوز وان كان المراد بنحو بیان المصرف كماهو الغالب المتعارف- ففیه اقوال - منها - جواز انتفاعه مطلقا ذهب الیه المشهور - ومنها - عدم الجواز مطلقا ذهب الیه الحلی والمصنف ره فی بعض كتبه - ومنها -جوازه الامع قصد خروجه ومنها - جوازه مع الاطلاق لامع قصد الدخول او الخروج .

والحق ان یقال ان مادل علی بطلان الوقف علی النفس لایشمل المقام سیما علی المختار من انحصار المدرك فی الاجماع لان الموقوف علیه عنوان العالم او الفقیر او الزائر والملحوظ جهة العلم او الفقر او الزیارة ولانظر فیه الی الاشخاص وعلیه فالوقف صحیح ولدخوله تحت ذلك العنوان له ان ینتفع بمنافعه - ولایقاس ذلك بالخمس اذا كان من علیه الخمس مورداله - حیث لایجوز ان یاخذه فانه لایجوز الاخذ فی ذلك الباب من جهة انه یجب فیه الاعطاء ولایصدق ذلك باكل نفسه وهذا بخلاف المقام ولایضر فیه قصد الدخول - نعم - لوقصد خروج نفسه لم یجز له الانتفاع به فان الموقوف علیه هو غیره لتقید العنوان الموقوف علیه بذلك .

وكذا یجوز له الانتفاع بالوقف لو وقف علی امام مسجد او علی الاعلم فی بلده و كان هو الامام فی ذلك المسجد او الاعلم في ذلك البلد سیما اذا لم یكن حین الوقف ثم صار اماما- او اعلم - فان المتیقن من معقد الاجماع الوقف علی الشخص - واما الوقف علی العنوان وان كان منطبقا علیه فغیر مشمول له والاظهر هو الجواز .

واولى من جميع ذلك الاوقاف العامة على الجهات العامة كالمساجد والقناطر والخانات للزوار والمدارس لاهل العلم وماشاكل فانه لااشكال بل ولاخلاف في جواز انتفاع الواقف بها ايضا ـ فان الموقوف عليه هي الجهة دون نفسه ـ اضف اليه ان عليه السيرة المستمرة الكاشفة عن رأى المعصوم (ع) .

شرط عود الوقف ملكا

٣ـ المشهور صحة الوقف (و) الشرط (لو) وقف و(شرط عوده) اليه عند حاجته وعن المرتضى الاجماع عليه وذهب جماعة الى بطلان الوقف منهم الحلى مدعيا عليه الاجماع ـ وفي المتن (صار حبسا) ـ والاول اظهر اما على المختار من صحة الوقف المنقطع الاخر فواضح ـ واما على القول ببطلانه فلان هذا النحو من الوقف مرجعه الى الوقف مادام كونه غنيا فيكون نظير الوقف على من ينقرض غالبا ـ ووقفا الى غاية محتملة الحصول ـ الذى اتفقوا على صحته كماياتى ـ وبعبارة اخرى ـ ان الذى قالوا ببطلانه هو الوقف المقيد بزمان ـ واما الوقف المغيا بوصف من اوصاف الموقوف عليه ككونه عادلا ـ اومادام فقيرا ـ اوالمغيا بوصف من اوصاف الواقف محتمل الحصول اوالوقف على من ينقرض غالبا ـ فلادليل على بطلانه ـ ومقتضى قوله ﷺ (١) الوقوف على حسب مايوقفها اهلها ـ صحة جميع تلكم ولااجماع على البطلان فيصح .

واستدل للبطلان (بان) الشرط المذكور مناف لمقتضى الوقف الذى هو البقاء ابدا (وبانه) يرجع الى الوقف على النفس (وبانه) يوجب التعليق فانه ح علقه على عدم الحاجة (وبانه) ينافيه مادل على عدم جواز الرجوع في الصدقة (وبانه) يرجع الى شرط الخيار ولايجرى في الوقف خيار الشرط ولاخيار الاشتراط ـ وبخبر (٢) اسماعيل بن

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٢ ـ من ابواب الوقوف والصدقات

٢ ـ الوسائل ـ باب ٣ ـ من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٣

الفضل عن ابى عبدالله (ع) عن الرجل يتصدق ببعض ماله فى حياته فى كل وجه من وجوه الخير وقال ان احتجت الى شيء من المال فانا احق به ترى ذلك له وقد جعله لله يكون له فى حياته فاذا هلك الرجل يرجع ميراثا اويمضى صدقة قال (ع) يرجع ميراثا على اهله - وفى نقل آخر وقال ان احتجت الى شيء من مالى اومن غلته فانا احق به اله ذلك وقد جعله لله و كيف يكون حاله اذا هلك الرجل ايرجع ميراثا الى اخره وخبره (١) الآخر عنه (ع) من اوقف ارضا ثم قال ان احتجت اليها فانا احق بها ثم مات الرجل فانها ترجع الى الميراث - بتقريب ان حكمه (ع) بالرجوع الى الميراث بعد السؤال عن صحة هذا الشرط وعدمها وعن رجوعه ميراثا وعدمه اذا شرط هذا الشرط فى الخبر الاول - و بالرجوع اليه فى الخبر الثانى بقول مطلق من غير سبق سؤال ظاهر فى بطلانه .

ولكن الاول يتوجه عليه مامر من عدم اقتضاء الوقف من حيث هو للتابيد - ويتوجه على الثانى ان معنى الشرط ومقتضاه عود الوقف ملكا لا الانتفاع به وهو وقف - وعلى الثالث انه يكون تعليقا لارتفاع الوقف لا لحدوثه - وعلى الرابع انه تحديد لمقدار بقائه صدقة - اضف اليه ان الوقف بغير قصد القربة لايكون صدقة فهو اخص من المدعى الا ان يتم بعدم القول بالفصل - وعلى الخامس انه لايجعل الخيار لنفسه بل يجعل غاية للوقف وبينهما فرق واضح .

واما الخبران فربما يستدل بهما على الصحة بدعوى ان المراد بهما انه اذا شرط ذلك ثم حصلت الحاجة وعاد اليه ثم مات يرجع ميراثا ولايبقى وقفا - قيل ويؤيده التعبير بالرجوع فانه ظاهر فى انه قبل ذلك كان وقفا والا فعلى البطلان يكون باقيا فى ملكه ولا معنى ح للرجوع وهذا وان كان ايضا غير تام الا انه يوجب اجمال الخبرين فلا يصح الاستدلال بهما فالاظهر صحة الوقف والشرط .

واما القول بصحته حبسا كما فى المتن فلا وجه له سوى اعتبار الدوام فى الوقف -

---

١- التهذيب ج٩ ص١٥٠ طبع النجف

اذح لایمکن وقوعه وقفا وانما یقع حبسا من جهة ان قصد هذا المعنی قصد لحقیقة الحبس ولایضر اعتقاد کونه وقفا بعد انشاء ماهو حبس حقیقة ـ فان قیل ان مقتضی الوقف خروج المال عن ملك الواقف ـ و مقتضی الحبس بقائه فی ملکه ـ فهما متباینان فکیف یحکم بتحقق احدهمامع قصد تحقق الاخر ـ قلنا ان الخروج عن الملك فی الوقف وعدم خروجه فی الحبس لایکونان داخلین فی مفهومیهما بل هما من آثار التابید وعدمه کماسیمر علیك ـ ولکنه مردود بمامر من عدم اعتبار الدوام فی الوقف سیما بنحو یوجب بطلان هذا الوقف .

ثم انه علی المختار من کونه وقفا لااشکال فی انه اذالم تحصل الغایة ولم یرجع المال الیه یبقی علی وقفیته ولایرجع بالموت میراثا ـ وکذا علی القول بصحته حبسا ولکن المحکی عن المحقق القمی ره انه بعد اختیاره کونه حبسا قال انه یرجع بالموت الی الورثة وان لم تتحقق الحاجة واسنده الی جماعة من العلماء ـ ولعل نظره الشریف الی ان الحبس حیث لایکون مستلزما للخروج عن ملك الحابس فبموته ینتقل اصل المال الی الورثة حسب سایر امواله و حیث ان منافعه والتسلط علی المال من حین الموت للورثة فحبس المورث وتملیکه المنفعة من ذلك الزمان تصرف فی ملك الغیر فیکون باطلا ـ اویکون الی اطلاق الخبرین ـ ولکن الاول مندفع بمامر فی کتاب الاجارة ـ من ان المالك یملك العین و منفعتها المرسلة اللا موقتة بحال حیاته فله تملیکها ـ واما الخبر ان فقد مر انهما مجملین ـ فالاظهر عدم عوده میراثا مع عدم تحقق الحاجة.

الوقف علی من ینقرض غالبا

٥ـ (ولوجعله الی امد اولمن ینقرض غالبا) صح الوقف وقفا فی الموردین اما الاول فلما مر من عدم اعتبار الدوام فی الوقف ـ واما الثانی فلانه لوسلم البطلان فی الاول لامجال للبناء علیه فیه اذ الاجماع المدعی علی بطلان الوقف المنقطع انما هو فی الموقت الی مدة فلایشمل المقام ـ اضف الیه ان الصحیحین المتقدمین فی

مسألة شرطية الدوام دالان عليه ـ اما على ماذكرناه فى تقريب الاستدلال بهما على المختار فبالاطلاق ـ واما على القول الاخر فبالظهور (ثم ان) المصنف ره استدل على صحته وقفا فى محكى المختلف بان الوقف نوع تمليك وصدقة ـ فيتبع اختيار المالك فى التخصيص وغيره ـ وبان تمليك الاخير ليس شرطا فى تمليك الاول والالزم تقدم المعلول على علته وبالخبر(١) الوارد فى وصية فاطمة(ع) حيث جعلت امر صدقاتها الى اولادها مع احتمال الانقراض ـ ويرد الاخير انه لعلها كانت عالمة بعدم الانقراض مع انه ليس فى الخبر كونه وقفا بل ظاهره الوصية وماقبله بان من يدعى بطلانه وقفا انما يقول به من جهة كون الدوام شرطا ولايلزم من ذلك كون تمليك الاخير شرطا بل اللازم بيان المصرف الاخر ليتحقق الدوام ـ وبه يظهر مافى الاول ـ فالصحيح ماذكرناه (ثم انه) على القول ببطلانه وقفا يصح حبسا لما مر من انه لا حقيقة له سوى ايقاف العين فى مدة معينة .

ثم انه على تقدير كون الوقف على من ينقرض او الى امد حبسا ـ لا اشكال فى انه بعد الانقراض و انتهاء الامد (رجع الى ورثة الواقف) او نفسه ـ لانه لم يخرج من الاول عن ملكه و يتعين رجوعه الى ورثة الواقف حين موته ـ و اما على القول بصحته وقفا ـ فان قلنا بانه لايخرج العين عن ملك الواقف فالحكم واضح فانها ملك للواقف فان مات تنتقل الى ورثته ـ وان قلنا بخروجها عن ملكه فحيث ان الاخراج اخراج الى مدة اوغاية وليس اخراجا دائميا فبعد مضى المدة و حصول الغاية ترجع الى الواقف فان كان حيا والافتنتقل منه الى ورثته ـ ثم هل المدار على ورثة الواقف حين موته او ورثته حين الانقراض قولان اقواهما الاول ـ اما اذا قلنا بعدم خروج المال عن ملكه بالوقف فواضح ـ واما على القول بخروجه عن ملكه فلانه انما يخرج فى مدة محدودة واقعا علم بها ام لم يعلم فهو فى تلك المدة مالك للعين من بعد تلك المدة بالملكية نظير الوجوب المعلق فعند موته ينتقل تلك الى ورثته (وعلى

١ ـ الوسائل ـ باب ١٠ ـ من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ١

هذا) لو وقف علی ولدیه وبعد موته مات احد الولدین عن ولد قبل الانقراض - یشترك مع الولد الباقی ابن اخیه لتلقیه من ابیه .

شرائط الموقوف

القسم الثانی شرائط الموقوف (و) هی امور - احدها (ان یکون عینا) فلا یصح وقف المنفعة - کان استاجر دارا عشرین سنة واراد ان یجعل منفعتها و هی قابلیتها لان یسکن فیها وقفا مع بقاء العین علی ملك مالکها طلقا - ولا وقف الدین کما اذا کان له علی الغیر عشر شیاة مثلا لایصح ان یجعلها وقفا قبل قبضها من ذلك الغیر - وکذا لایصح وقف الکلی فی الذمة ای ذمة الواقف نفسه بلا خلاف فی شیء من تلکم و عن الغنیة الاجماع فی الاولین - و فی الجواهر دعوی اتفاق الاصحاب علی الجمیع ظاهرا - ولا وقف المبهم و عن الغنیة الاجماع علیه ایضا فالکلام فی مواضع.

-١ - فی وقف المنفعة و الظاهر تمامیة ماافادوه من عدم صحة وقفها لان الوقف کما عرفت عبارة عن تحبیس الاصل و اطلاق المنفعة - و هذا لایتصور فی المنفعة فان الانتفاع بها انما یکون باتلافها فلا یتصور فیها تحبیس الاصل اذا لاصل ح هی المنفعة .

-٢ - فی وقف الدین کما لو کان له دین علی غیره فاراد وقفه (فاستدل) لعدم صحة وقفه بالاصل و اختصاص الادلة کتابا وسنة بغیره بحکم الصراحة فی بعض و التبادر فی آخر والشك فی دخوله فی الوقف - وبان - الوقف یقتضی اصلا یحبس و ذلك یقتضی امرا خارجیا یحکم علیه بالتحبیس والدین فی الذمة امر کلی لاوجود له فی الخارج فوقفه قبل التعیین کوقف المعدوم - و بان - المهیة الکلیة لمالم یکن لها وجود فی الخارج لم یکن الموقوف موجودا حال العقد فکان فی معنی وقف المعدوم وان وجد بعد ذلك (ولکن) الاصل لامورد له مع وجود الاطلاق و اختصاص الادلة جمیعها بغیره ممنوع جدا بل بعض الاخبار مطلق شامل له ایضا و الوقف و ان کان

يقتضى اصلا يحتبس لكن كمايكون الكلى فى الذمة مملوكا للغير و مالا و يقع عليه البيع - ككك يصح وقوع الوقف عليه فكمايملك مافى الذمة للغير كك يحتبس عليه (ودعوى) انه يعتبر فى الوقف الاقباض والكلى غير قابل لذلك (مندفعة) اولا بـانه لو وقف على صنف يكون من عليه الدين واحدا منهم يكون ذلك قبضا للكلى بكليته كما فى هبته -وثانيا - انه حيث يكون وجود الفرد عين وجود الكلى فيكتفى بقبض فرد منه فانه قبض للكلى - والى هذا نظر الشهيد ره حيث قال فى بيع السلم قبل القبض على غير من هو عليه من ان العقد اذا كان متعلقه ماهية كلية ثم عينت فى عين شخصية انصب العقد عليها وكانت كانها المعقود عليها ابتداء - و المهية الكليه غير المتصفة بنحو من انحاء التحقق لايصح وقفها قطعا ولكـن الكلام فـى الكلى المتحقق فى الذمة الذى يعرضه الملكية ويقع عليه البيع و ماشاكل و هو ليس كالمعدوم المطلق كى لايصح وقفه -فاذاً لادليل على بطلان وقف الكلى فى الذمة - سوى الاجماع - نعم لايصح وقف مافى ذمة الواقف بان يراد اثبات الموقوف فى ذمته بنفس الوقف وهو واضح .

-٣- فى وقف المبهم والمراد به ان كان هو المردد غير المعين واقعا فعدم صحة وقفه واضـح فـانه لاتحقق للمردد - و ان كـان هـو المعين فى الواقع المجهول عند الواقف فيشهد لعدم صحة وقفه مادل (١) على نفى الغرر بناء على عدم اختصاصه بالبيع وبشموله لكل عقد وايقاع - وان كان الجهل به غير مستلزم للغرر كما لو وقف احدى الدارين المتساويتين من جميع الجهات فلادليل على بطلان وقفه سوى اجماع الغنية وهو كماترى ، وبما ذكرناه يظهر حكم وقف احدى الدارين مثلا بنحو التخيير -بان يكون زمام تعيينه بيد الواقف اوبالقرعة- كماظهر انه لااشكال فى وقف الكلى فى المعين كوقف مائة ذراع مثلا من القطعة المعة من ارض- كعدم الاشكال فى صحة بيعه والاجماع على بطلان وقف الكلي غير شامل له .

١- التذكرة ج١ ص ٤٦٦ وسبقه الشيخ فى الخلاف

ثم انه كما يصح وقف العين المعينة الخارجية كك يصح وقف المشاع والظاهر انه لا خلاف في صحته والاخبار الدالة على جواز التصدق بالمشاع الشامل للوقف شاهدة به مضافا الى العمومات والمطلقات .

(٥) الشرط الثاني ان تكون العين الموقوفة (مملوكة) فلا يصح وقف ما لا يملكه المسلم كالخنزير سواء وقفه على المسلم او الكافر ـ وكذا لا يصح وقف الحر وما شاكل وهذا واضح .

انما الكلام في وقف ما لا يملكه الواقف فعلا وان كان مملوكا لغيره ، فذهب جماعة منهم المحقق في الشرايع والمصنف ره في الارشاد والقواعد والتحرير والشهيد الثاني في المسالك على ما حكي الى الصحة لانه عقد صادر من اهله صحيح العبارة واقع في محله قابل للنقل وقد اجازه المالك فيصح كغيره من العقود ـ وعن جماعة القول بالبطلان او الميل اليه منهم المصنف ره في بعض كتبه والشهيد الثاني في الروضة وفخر الاسلام وقواه سيد الرياض .

واستدل له بان عبارة الفضولي لا اثر لها وتاثير الاجازة فيما عدا محل النص المختص بالبيع والنكاح غير معلوم ـ وبان ـ الوقف فك ملك في كثير من موارده ولا اثر لعبارة الغير فيه ـ وبانه ـ يعتبر في الوقف القربة وهي بملك الغير غير حاصلة ونية المجيز لها حين الاجازة غير نافعة اما لاشتراط المقارنة بالصيغة وهي في الفرض مفقودة اولان تاثير نيته لها بعدها وافادتها في الصحة غير معلومة فالاصل بقاء الملكية الى ان يعلم الناقل وهو بما قرر غير معلوم (ولكن) يتوجه على الاول ما تقدم في كتاب البيع من كون صحة المعاملة الفضولية انما تكون على القاعدة لا للنص الخاص وهي شاملة للوقف ايضا ـ وعلى الثاني ان العقد الصادر من الفضولي اذا اجازه المالك يستند اليه ويكون كالعقد الصادر عنه بلا فرق في ذلك بين كون اثره الملكية او فك الملك او الزوجية اوغيرها ـ وعلى الثالث اولا النقض بوقف الوكيل وثانيا بالحل وهو ما مر من عدم اعتبار القربة فيه وعلى فرض اعتبارها يكفي نية القربة حين الاجازة التي بها يستند

الوقف الى الواقف ولادليل على اشتراط مقارنتها للصيغة -فالاظهر صحته .

الشرط الرابع ان يمكن ان(ينتفع بها مع بقائها وان كانت مشاعة) فلايصح وقف الاطعمة والفواكه ونحوها ممايكون الانتفاع به اتلافاله - لان الوقف عبارة عن تحبيس الاصل - قالوا ولا يعتبر فى الانتفاع به كونه فى الحال فيصح وقف مالا منفعة فيه الا بعد مدة كما يجوز بيعه - وهل يعتبر طول زمان المنفعة فلايصح وقف ورد اوريحان - ام لايعتبر قولان -الاكثر على الاول وهو الاظهر لاطلاق الادلة ولاينافى ذلك اعتبار التابيد على القول به لان المراد به مدة عمر الشىء كما هو واضح -وذكروا فى عداد شرائطها امكان اقباضه - ولكن اشتراط الاقباض فى الوقف كمامر يغنى عن ذلك .

شرائط الواقف

القسم الثالث شرائط الواقف - (و) جمعها المصنف ره فى قوله (جواز تصرف الواقف) فلايجوز وقف الصبى والمجنون والمكره والمفلس والسفيه بلاخلاف فى شىء من تلكم بل عليها الاجماع فى محكى الغنية ويشهد بها ادلة الحجر المتقدمة فى بابه - نعم- فى خصوص وقف الصبى البالغ عشر سنين خلاف بين الاصحاب فبين-من صححه كالطوسى والمفيد والاسكافى والتقى وغيرهم - ومن افسده كسلار والحلى والمحقق والمصنف والشهيدين وفى الرياض ولعله عليه كافة المتاخرين وربما يستفاد من الغنية الاجماع عليه انتهى-مستند البطلان ادلة الحجر - واستدل للصحة بالنصوص الواردة فى جواز صدقته بناء على ان المراد بها ما يشمل الوقف لاحظ صحيح (١) زرارة عن ابى جعفر(ع) اذا اتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له مافى ماله ما اعتق او تصدق او اوصى على حد معروف وحق فهو جائز-وموثق (٢) جميل بن دراج عن احدهما (ع) يجوز طلاق الغلام اذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وان لم يحتلم- وموثق(٣) الحلبى ومحمد بن

١- الوسائل- باب ٤٤ من ابواب كتاب الوصايا حديث ٣

٢- ٣- الوسائل - باب ١٥ -من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٢- ٣

مسلم عن ابي عبدالله (ع) عن صدقة الغلام مالم يحتلم قال (ع) نعم اذا وضعها في موضع الصدقة ونحوها غيرها ـ والايراد عليها بمخالفتها للقواعد والاحتياط والاصل كما ترى ـ ولكن يرد على الاستدلال بها ان كون المراد بالصدقة المعنى الاعم غير ظاهر والمتيقن منها الصدقة بالمعنى الاخص فالاظهر عدم صحة وقفه ـ نعم ـ اذا اوصى بالوقف صح عنه وقف الصبي ـ لكنه خارج عن محل الكلام .

حكم الوقف على من سيوجد

القسم الرابع شرائط الموقوف عليه (و) هي امور ـ احدها (**وجود الموقوف عليه**) فلا يصح الوقف على المعدوم كما لو وقف على ابن زيد بتخيل ان له ابنا فتبين عدمه ـ والمشهور عدم جواز الوقف على من سيوجد ـ بل ظاهرهم الاجماع على عدم جوازه .

وعللوه بان الملكية صفة وجودية تستدعي محلا موجودا .

واورد عليه في ملحقات العروة ـ اولا ـ بالنقض بما اذا كان تبعا لموجود فانهم يجوزونه كما اذا وقف على اولاده الموجودين ومن سيوجد منهم وكما في سائر البطون اللاحقة ـ وثانيا ـ بانه لا فرق في عدم المعقولية بين كون المالك معدوما او المملوك مع انهم يجوزون تمليك الكلي في الذمة ويجوزون تمليك المنافع وليست موجودة بل تستوفي شيئا فشيئا ـ ويجوزون الوصية بما تحمله الجارية او الدابة ـ وثالثا ـ انه لا اشكال في جواز الوقف على الحجاج والزوار مع عدم وجود زائر او حاج حين الوقف وكذا الوقف على طلاب مدرسة معينة مع عدم وجودهم فيها حاله ـ وكذا الوقف على امام مسجد مع عدم امام له بالفعل والوقف على فقراء قرية مع عدم وجود فقير فيها فعلا وهكذا ـ ورابعا ـ ان الوقف ليس تمليكا ـ وخامسا ـ ان الملكية من الامور الاعتبارية فوجودها عين الاعتبار العقلائي وليست كالسواد والبياض المحتاجين الى محل خارجي بل يكفيها المحل الاعتباري .

ويتوجه على ماافاده اولا -ان الوقف للمعدوم بتبع الموجود انمايكون بالوقف له بعدوجوده ولايكون المال وقفاله بالفعل بل هو بالفعل وقف للموجود- فان قيل يلتزم به فى المقام ايضا- قلنا انه يلزم منه التعليق المجمع على بطلانه- وعلى ماافاده ثانيا- ان مافى الذمة ليس معدوما صرفا بل له تحقق اعتبارى وهو يكفى فى عروض الملكية له وهذا بخلاف المعدوم المطلق والمنفعة ليست عبارة عن استيفاء المنتفع الذى هو من اعراضه بل عبارة عن الحيثية القائمة بالعين الموجودة بوجودها على نحو وجود المقبول بوجود القابل فمنفعة الدابة حيثية كونها صالحة لان تركب وهذه انماتصير فعلية بالاستيفاء الذى هو عبارة عن الانتفاع ومن المعلوم ان تلك الحيثية متحققة بتحقق العين ولذا يجوز تمليك المنفعة المرسلة للغير- ويتوجه على الرابع ان الوقف ليس تمليكا للعين ولكنه تسبيل للمنفعة على الموقوف عليه - فاذا لم يكن مورد للتسبيل لم يكن وقفا - وعلى خامس ماافاده انه لااشكال فى ان الملكية من الامور الاعتبارية ولاتحتاج فى اعتبارها الى معروض خارجي ولكنها تتوقف على ان يكون لها طرف فى افق الاعتبار والمعدوم بقول مطلق لايصلح لذلك .

والحق ان يقال ان حقيقة الوقف هو تحبيس الاصل وفى ذلك لايحتاج الى وجود الموقوف عليه- وتسبيل المنفعة ولو كان التسبيل بنحو جعل المنفعة بعد مايوجد لابجعلها له بالفعل لاارى فيه محذورا والظاهر انه فى الوقف على الحجاج و الزوار وماشاكل يكون من هذا القبيل- لايقال ان ذلك يكون تعليقا مجمعا على بطلانه - فانه يتوجه عليه ان تعليق الوقف من تحبيس الاصل و تسبيل المنفعة كليهما على امر متاخر موجب للبطلان للاجماع - واما اذا كان التحبيس فعليا و التعليق انما يكون فى تسبيل المنفعة فلااجماع على بطلانه- فان قيل انه يعتبر فى الوقف القبض والمعدوم لايمكن ان يقبض قلنا انه يمكن ان يقبض الحاكم او المتولى - مع انه لافورية فى القبض فيقبض بعد مايوجد- فالاظهر صحة الوقف على المعدوم بهذا النحو الا ان يكون اجماع على بطلانه والظاهر وجوده بل ظاهرهم الاجماع على عدم جواز الوقف على الحمل قالوا لان الوقف تمليك ولايعقل تمليك المعدوم - ويرده مضافاً الى مامر ان الحمل

موجود وهو قابل للملكية واشتراط ارثه بتولده حيا ليس لعدم قابليته للملكية بل للدليل الخاص فلا يقاس المقام به .

ثم ان المتيقن من بطلان الوقف على المعدوم هو الوقف على الاشخاص واما الوقف على الاصناف كالزوار والفقراء و العلماء و ماشاكل فلا اجماع على بطلان الوقف اذا كان اشخاصها غير موجودين .

كما ان المتيقن من معقد الاجماع هو البطلان فى المعدوم فى اول الوقف امالو وقف على طبقات طولية فمات الطبقة الاولى و لم يكن من الطبقة الثانية احد موجودا - بل وجد بعد مضى زمان لا يبطل الوقف كما لا يخفى .

ثم انه لو وقف على المعدوم ثم على الموجود بطل بالنسبة الى المعدوم - فهل يبطل بالنسبة الى الموجود كما هو المشهور ام يصح كما عن المبسوط وغيره وجهان ويجرى الوجهان فى كل مورد بدأ بمن لا يصح الوقف عليه كالوقف على نفسه وماشاكل ثم بمن يصح .

واستدل للاول - بان المرتبة المتاخرة انما تتلقى الوقف من المرتبة السابقة و هو غير ممكن فى الفرض (وبان) مراد الواقف من السلسلة الطولية المرتب بقيد الترتيب فلا يمكن الحكم بالصحة فى البعض دون البعض (و بانه) ان حكم بصحة الوقف للموجود من حين الوقف لزم تخلف العقد عن القصد وان يقع مالم يقصد و يقصد مالا يقع -وان حكم بالصحة له بعد انقضاء مدة المعدوم لزم التعليق فى الوقف وهو باطل بالاجماع وان حكم بصحة الوقف لا للموجود - وانما يكون له بعد انقضاء مدة المعدوم لزم الوقف بلا موقوف عليه(ويمكن الجواب) عن الاول بان المرتبة المتاخرة انما تتلقى الوقف من الواقف فانه الذى بجعله يصير الوقف لهم -وعن الثانى بان المراد الواقعى لاعبرة به وظاهر الوقف على المراتب كالوقف على جماعة فى عرض واحد -انما هو انحلال الوقف الى اوقاف عديدة - كما فى بيع مايملك ومالا يملك وماشاكل ذلك

من الموارد فبطلان بعضها لایوجب بطلان الجمیع الان یقید فی انشائه ـ وعن الثالث بانه یمکن ان یلتزم بصحة الوقف للموجود بعد انقضاء مدة المعدوم ـ ویجاب عن اشکال التعلیق بان مثل هذا التعلیق الناشی من فساد الوقف بالنسبة الی بعض من دون ان یکون انشاء الوقف تعلیقیا لایوجب البطلان کما ذکروا فی بیع مایملک ومالایملک من ان الجهل بمایقابل مایملک من الثمن لایوجب البطلان اذ الشرط معلومیة الثمن المجعول فی البیع فکک یقال فی المقام بالنسبة الی التعلیق ـ وعلیه ـ فیکون هذا من الوقف المنقطع الاول فیکون صحیحاً ـ وفی المدة التی کان الوقف للمعدوم یکون المال ومنافعه له .

فی اشتراط تعیین الموقوف علیه

(و) الشرط الثانی (تعیینه) فلو وقف علی احد الشخصین اواحد المسجدین او احدي الطائفتین لم یصح بلاخلاف وعلیه الاجماع کما عن الغنیة وعن المبسوط الذی یقتضیه مذهبنا انه لایصح الوقف علی المجهول ـ وحق القول فیه ان التعیین المقابل للابهام والتردید اعتباره عقلی فان المردد لاوجود له ولا تحقق وبالمعنی المقابل للجهل کما لو کان معینا واقعا مجهولا عند الواقف لادلیل علیه سوی الاجماع ـ اذ دعوی انصراف ادلة الوقف وعدم المعهودیة ـ مندفعة بمنع الانصراف ـ وعدم المعهودیة لایصلح مقیداً لاطلاق الادلة ـ وهل یصح الوقف علی الجامع بین الفردین الذی یعبر عنه باحدهما نظیر الوقف علی الاصناف الظاهر ذلک فانه منها ولعله المراد من الوقف علی مفهوم احدهما الذی یکون فی بعض الکلمات فلا ایراد علیه ـ وکذا یصح الوقف علی احدهما بنحو الکلی فی المعین کما یصح بیعه ـ وماذکرناه فی الفرضین الاخیرین انما هو ان لم یکن اجماع علی بطلانه ـ کمافی سابقهما .

(و) الثالث (اهلیة التملک) فلایصح الوقف علی المملوک ولاعلی المرتد الفطری حیث ان امواله لورثته ـ ولاعلی الحربی لان امواله فیء للمسلمین هکذا قالوا ولکن قدمر ان المرتد الفطری انما یخرج امواله الموجودة حین الارتداد وتنتقل الی

ورثته واما المتجددة فلادليل عليه ـ مع ان الوقف لايستلزم التمليك ويمكن جعله مصرفا فان لم يكن اجماع لادليل على اعتبار ذلك ايضا .

(و) الرابع (اباحة منفعة الوقف على الموقوف عليه) فلايصح وقف آلات اللهو وهياكل العبادة المبتدعة ولاوقف الدابة لحمل الخمر والخنزير ـ والوجه في ذلك ظاهر فان الوقف تحبيس للاصل وتسبيل للمنفعة ولايصح تسبيل المنفعة المحرمة ـ وهل يجوز الوقف على من يعلم انه يصرف منافع الموقوفة في المحرمات من الزنا و شرب الخمر وجهان بل قولان ـ اظهرهما الجواز ـ ويظهر وجهه مما قد مناه في البيع على من يعلم انه يصرف المبيع في الحرام كبيع العنب ممن يعلم انه يجعله خمرا ـ وقد بسطنا القول فيه في كتاب البيع واكثر ماذكر في وجه المنع في تلك المسألة جارية هنا ويضاف دعوى انصراف الادلة ـ وانه يعتبر القربة في الوقف ولاتحصل مع العلم بصرفها في الحرام ـ وحيث عرفت عدم تمامية تلك الادلة وقدمر ايضا عدم اعتبار القربة في الوقف فينحصر دليل المنع بانصراف الادلة والله العالم .

جعل الواقف النظر لنفسه

المطلب الثالث في اللواحق ـ وفيه مسائل ـ ١ ـ لاخلاف (و) لااشكال في ان (له جعل النظر لنفسه) مادام حيا او الى مدة مستقلا او بالشركة ـ وعن المختلف الاجماع عليه ـ وفي الرياض وهو الحجة فيه مضافا الى الاصل والعمومات كتابا وسنة خلافا للحلي فمنع عن صحة هذا الشرط وافسد به الوقف وهو شاذ ومستنده غير واضح انتهى ـ وكيف كان فيشهد له عموم مادل (١) على وجوب الوفاء بالشرط بل مادل (٢) على ان الوقوف على حسب مايوقفها اهلها ـ وفي المسالك الاصل في حق النظر ان يكون للواقف لانه اصله واحق من يقوم بامضائه وصرفه في اهله ـ فهذا مما لاكلام فيه ـ كما انه لاكلام في

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٦ ـ من ابواب الخيار

٢ ـ الوسائل ـ باب ٢ ـ من ابواب كتاب الوقوف والصدقات

ماذا جعل النظر لغيره ـ لمامر ـ ولما تضمن(١) ان فاطمة (ع) جعل النظر في حوائطها السبعة التي وقفتها لامير المؤمنين ﷺ ثم الحسن ثم الحسين ثم الاكبر من ولده ـ وما دل(٢) على شرط الكاظم(ع) النظر في الارض التي وقفها للرضا (ع) وللتوقيع (٣) الشريف المتقدم واما ما سئلت من امر الرجل الذي يجعل لناحيتنا ضيعة يسلمها من قيم يقوم بها ويعمرها ويؤدي من دخلها خراجها ومؤونتها ويجعل ما بقي من الدخل لنا حيتنا فان ذلك لمن جعله صاحب الضيعة انما لايجوز ذلك لغيره ـ ولغير تلكم من الاخبار.

انما الكلام فيما (ان اطلق) ولم يشترط النظر في متن العقد الى احد ـ فقد صرح غير واحد بانه (كان) التولية (لاربابه) و ذكر في المسالك وتبعه غير واحد انه يبنى الحكم هنا على انتقال الملك فان جعلناه للواقف او الموقوف عليه مطلقا فالنظر له وان جعلناه للموقوف عليه ان كان معينا ولله تعالى ان كان عاما فالنظر في الاول الى الموقوف عليه وللحاكم الشرعي في الثاني لانه الناظر العام حيث لا يوجد الخاص (اقول) لولا تسالمهم على لزوم كون التولية لاحد وان المتولي يتصدى لما هو وظيفته لو كان مجعولا من قبل الواقف وتوقف تصرف الموقوف عليه على اذنه ـ لقلنا بعدم التولية بهذا المعنى لاحدوان الانتفاع بالاوقاف لايتوقف على اذن احد وليس لغير الموقوف عليه التصرف فيه كما قال جماعة في الاوقاف العامة كالخان الذي وقف لنزول الزوار والمسافرين والبئر التي حفرت لهم والمعبر على المار لعبور الناس وما شاكل ـ فان قصد المالك انتفاع الموقوف عليه كان خاصا او عاما ـ ولكن الظاهر تسالمهم عليه (وعليه) فالظاهر كون التولية في امثال ذلك للحاكم الشرعي ـ لا للواقف فانه بالوقف خرج المال عن تحت سلطنته ـ اما ملكا اوطلقا ولا دليل على جواز تصرفه فيه بعد ذلك ـ واستصحاب الجواز لايجري سيما بعد تبدل الموضوع اما تبدل الملك الى عدمه ـ او الملك الطلق الى غير الطلق ـ ولا للموقوف عليهم لتعلق حق البطون المتاخرة بالمال نعم لهم التصرف في تنمية واصلاحه

١ـ٢ـ الوسائل ـ باب ١٠ ـ من ابواب كتاب الوقوف والصدقات ـ حديث ١ـ٥

٣ـ الوسائل باب ٢ من الوقوف والصدقات حديث ٨

ونحو ذلك مما يرجع الى انتفاعهم بهوا ما ولايتهم على نحو ولاية المتولى المنصوب بحيث تمضى اجارتهم على البطون اللاحقة مثلا - فلادليل عليها (بل) الظاهر انها للحاكم الشرعي - وليس الوجه في ثبوتها له عموم ولاية الفقيه كى يدفع بعدم الدليل عليه بل الوجه فيه انه لاشبهة في ان القضاة المنصوبين من قبل الخلفاء كانوا يتصدون لذلك المنصب كما يظهر لمن لاحظ احوالهم فعلا ومقتضى اطلاق قوله (ع) في مقبولة (١) ابن حنظلة فاني قد جعلته عليكم حاكما وقوله (ع) في صحيحة (٢) ابى خديجة فاني قد جعلته قاضيا - هو ثبوت جميع مناصبهم و منها هذا المنصب له - و بهذا البيان يمكن ان يقال بثبوت التولية له في الاوقاف العامة - واما السيرة على الانتفاع بها بدون اذن الحاكم - فالظاهر انها من جهة كون اذن حكام الشرع في امثال ذلك معلوم - فالمتحصل مما ذكرناه ان التولية على الاوقاف العامة والخاصة مطلقا للحاكم الا ان يعين الواقف متوليا خاصا.

ثم انه ينبغي التنبيه على امور - الاول - انه كما للحاكم الشرعى ان يأذن غيره في التصرف في الاوقاف كذلك له ان يفوض التولية الى غيره وذلك لكون اعطاء المنصب من وظائف القضاة - والفرق بين اعطاء المنصب والاذن في التصرف انه في صورة الاذن بموت المجتهد ينتفي الاذن ولايجوز له التصرف بعد ذلك واما في صورة اعطاء المنصب فيبقى ذلك بعد موته فانه في فرض الاذن يكون ماثبت للماذون من شؤون منصب المجتهد فلا محالة ينعدم بموته - واما مع اعطاء المنصب يكون الحاكم واسطة لاثباته بنحو يكون المنصب من قبل الله تعالى بجعل الحاكم فلاوجه لانعدامه بموته بل هو يكون باقيا.

الثاني انه لايجب القبول على من جعله الواقف متوليا للاصل سواء كان حاضرا مجلس الوقف املا - واجراء حكم الوصاية هنا لايخرج عن القياس حتى

١-٢- الوسائل - باب ١١- من ابواب صفات القاضي حديث ١-٦

مع التمسك بالتعليل فى خبرها (١) بانه لو كان شاهدا فابى ان يقبلها طلب غيره فانه فى المقام ان لم يقبل تكون التولية للحاكم كمامر -- و لو قبل التولية لايجب على المتولين بعده قبولها فلهم الرد لمامر .

الثالث ليس للواقف ان يعزل المتولى بعد قبوله مادام باقيا على الاهلية للزوم الوفاء بالشرط - وهل للمتولى ان يعزل نفسه قولان - اقواهما الثانى اذ ثبوت حق العزل له يحتاج الى دليل والاصل عدمه و استصحاب جواز الرد الثابت له قبل القبول لايجرى - لان المتيقن ان له ان لايقبل الولاية - والمشكوك فيه سلبها عن نفسه. فهما حكمان - وكونه فى معنى التوكيل و يجوز للوكيل عزل نفسه - ممنوع جدا فان الوكيل يتصرف عن قبل الموكل والمتولى صاحب منصب الولاية مستقل فى التصرف ويمكن ان يستدل له بعموم (٢) وجوب الوفاء بالشرط فان هذا الشرط كما يكون للمتولى يكون للواقف ايضا - فيجب الوفاء به لذلك - و استدل له فى الجواهر باطلاق الامر بالوفاء بالعقد من المتعاقدين و من له تعلق بالعقد - و يرده ان الشرط خارج عن العقد و حقيقته التزام فى ضمن التزام - و وجوب القيام بمقتضى النظارة مع عدم الرد - وانه ليس له ازيد مماشرط له من اقل من اجرة عمله لايدلان على ان ذلك من مقتضى العقد المفروض لزومه كما افاده ره فان ذلك انما يكون مع عدم الرد ولادلالة لهما على عدم جواز الرد - ولو استدل بدليل (٣) وجوب الوفاء بالعقد بان نفس جعل التولية وقبول المتولى سيما مع جعل اجرة بازائها يصدق عليه العقد اذ لاحقيقة للعقد سوى ربط احد الالتزامين بالاخر الصادق على ذلك فمقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقد لزومه و عدم جواز رده -- كان اولى -- فالاظهر لزومه

---

١ - الوسائل باب ٢٣ من ابواب الوصايا حديث ٣

٢ - الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار

٣ - المائدة آية ٢

من الطرفين ـ و بهذا البيان يظهر انه لو نصب الحاكم متوليا للوقف لايجوز عزله مادام بقاء الاهلية .

الرابع لااشكال فى انه لايشترط العدالة فى الواقف اذا جعل التولية لنفسه و الظاهر انه المشهور و سيد الرياض ره نقل فيه قولين ولم اظفر بقائل الاعتبار نعم توقف فيه صاحب الحدائق ره ـ وكيف كان فمقتضى الاصل وعموم مادل على وجوب الوفاء بالشرط عدم اعتبارها فيه ـ واما ان جعل الواقف التولية لغيره فهل يعتبر فيه العدالة ام لا ففى الرياض ادعى السيد ره الاتفاق على اعتبارها (و استدل) له بالاجماع و بخبر (١) البجلى المتضمن لصدقة امير المؤمنين عليه السلام بماله الذى فى ينبع حيث قال فى آخره بعد ذكر الحسن و الحسين عليهما السلام فان حدث بحسن وحسين حادث فان الاخر منهما ينظر فى بنى على فان وجد فيهم من يرضى بهديه و اسلامه و امانته فانه يجعله اليه ان شاء وان لم ير فيهم بعض الذى يريد فانه يجعله الى رجل من آل ابى طالب يرضى به فان وجد ال ابى طالب قد ذهب كبرائهم وذووا آرائهم فانه يجعله الى رجل يرضاه من بنى هاشم (ولكن) الخبر يدل على ان امير المؤمنين عليه السلام اشترط فيمن يجعل متوليا على ماوقفه ان يكون مرضيا وهذا لايستلزم اعتباره فى كل من يجعل متوليا ـ مع ان كونه مرضيا اعم من العدالة ـ واما الاجماع فثبوته ثم تعبديته محل نظر ـ فالاقوى ماعن التحرير و قواه صاحب الجواهر من عدم اعتبارها .

الخامس اذا جعل التولية لاثنين على وجه الشركة لاينفذ تصرف احدهما من دون اذن الاخر او اجازته كما انه لايجوز لهما قسمة الوقف ولاقسمة المنافع للصرف فى مصارفها بل اللازم اجتماعهما فى جميع تلكم .

السادس ليس للمتولى تفويض التولية الى غيره الا اذا كان الواقف اذن له فى ضمن اجراء الصيغة ـ اما الاول فللاصل ـ و اما الثانى فللخبر المتضمن لصدقة امير المؤمنين عليه السلام وهل يجوز له ايكال الامر الى الحاكم الشرعى مع عدم التعذر

١ ـ الوسائل ـ باب ١٠ ـ من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٤

عليه - وجهان - نعم يجوزله توكيل الغير فى التصرف اذالم يشترط المباشرة.

السابع - اذا عين الواقف وظيفة المتولي فهو المتعين و الاانصرف اطلاقه الى ماهو المتعارف من التعمير و الاجارة واستيفاء العوض وجمع الحاصل وقسمته على الموقوف عليهم ونحوتلكم و لايجوز لغيره التصدى لذلك لقوله عليه السلام (۱) فى التوقيع الشريف و اما ماسئلت من امر الرجل الذى يجعل لناحيتنا ضيعة فيسلمها الى من يقوم بها ويعمرها ويؤدى من دخلها خراجها و مؤونتها و يجعل ما بقى من الدخل لنا حيتنا فان ذلك لمن جعله صاحب الضيعة لايجوز ذلك لغيره - وهل يعتبر اذن المتولى فى التصرف بعد حصول المنفعة و تعيين ما للموقوف عليه كما افاده الشهيد الثانى - ام لا كماقواه سيد العروة - وجهان اظهرهما الثانى - للاصل بعد الشك فى شمول الدليل لذلك .

-۲- (**ويصح الوقف على المعدوم تبعا للموجود**) كمامر .

- ۳ -(**و يصرف الوقف على البر الى الفقراء و وجوه القرب**) كعمارة المساجد و المدارس واعانة الحجاج والزوار ونفع طلبة العلم وماشاكل - بل له ان يصرفه فى مطلق نفع المسلمين و ان كانوا اغنياء لكونه برا ولم يدل دليل على وجوب تحرى الاكمل للاصل بعد صدق الموقوف عليه .

الوقف على الكافر

۴- (**ولو وقف المسلم على البيع والكنائس**) اى معابد اليهود والنصارى (**بطل**) الوقف بلاخلاف كماصرح به غير واحد - لان الوقف عليهما وقف على جهة خاصة من مصالح الكفار غيرمشروعة لان مايصنع فيهما عبادات محرمة و كفر وقد مر اعتبار حلية المنفعة - وبذلك يظهر انه لوقلنا بجواز الوقف على الكافر نفسه لاينافى ذلك - ولكن هذا فى وقف المسلم (**بخلاف الكافر**) فانه لو وقف عليهما يصح كما

۱- الوسائل - باب ۴- من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ۸

هو المشهور- اقراراً(١) له على دينه مع انه لابد له من معبد - والاشكال فيه من جهة عدم تمكن الكافر من قصد القربة - مندفع - بعدم اعتبار قصد القربة اولا - وتمشي قصد القربة من الكافر ثانيا وان لم يحصل له القرب -٥- (٩) في وقف المسلم على الكافر اقوال - احدها (انه يبطل على الحربي وان كان رحما لا الذمي وان كان اجنبيا) اختاره المصنف ره هنا والمحقق في الشرايع والنافع - ثانيهما - الجواز في الرحم دون غيره - ثالثها - الجواز في الابوين دون غيرهما - رابعها - الجواز مطلقا - خامسها - المنع كك - مقتضى اطلاق ادلة الوقف والعقد الجواز مطلقا - ويشهد به ايضا قوله تعالى(٢)« لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم» ومادل(٣) على الترغيب في البر والاحسان وجواز الصدقة على الكافر (واستدل) للمنع -بان مال الحربي فيء للمسلمين يصح اخذه وبيعه ولايجب دفعه اليه لانه غير مالك ومال المرتد الفطري ملك لورثته وقدمر اعتبار اهلية التملك في صحة الوقف - وبقوله (٤) تعالى «لاتجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا ابائهم وابنائهم» (ولكن) الاول قد تقدم مافيه عند ذكر شرائط الموقوف - واما الثاني فيرد على الاستدلال به - اولا ما ذكره جماعة من ان النهي عن الموادة انما هو من حيث كونه يحاد الله ورسوله والالحرم اللطف والاكرام- وثانيا انه يقيد اطلاق هذه الاية بالاية السابقة اضف الى ذلك كله ماورد(٥) في الارحام من

١- الوسائل - باب ٣٠ - من ابواب مقدمات الطلاق - وباب ٢ - من ابواب ميراث الاخوة والاجداد وباب٣- من ابواب ميراث المجوس.

٢- الممتحنة آية ٩

٣- الوسائل باب ١و٣ من ابواب فعل المعروف - وباب ١٩و٢١ من ابواب الصدقة

٤- المجادلة آية ٢٢

٥- الكافي ج٢ص١٥٥ - باب صلة الرحم .

الامر بصلة الرحم - وفى الابوين من(١) الامر بمصاحبتهما فى الدنيا معروفا - فالاظهر هو الجواز مطلقا -

فيما يتعلق بالفاظ الوقف

٦- قد ظهر مما بيناه ان شرائط الواقف التى شرطها فى متن العقد تكون معتبرة ولا يجوز تغييرها ولا تبديلها اذا لم تكن مخالفة للشرع ولا لمقتضى الوقف وعليه فيجب مراعاة ما يدل عليه اللفظ الواقع فى كلام الواقف من حيث العموم والخصوص - وحيث ان استكشاف المراد كما يكون بالقاء اللفظ الموضوع لمعنى عام بلا قرينة فانه يستكشف منه بحسب قانون المحاورة ان المراد المعنى العام - كذلك قد يكون بواسطة القرائن الحالية والمقالية على ارادة المعنى الخاص وفى مثل ذلك لا وجه لملاحظة المعنى الموضوع له فان الميزان مراد الواقف وبهذا يظهر ان القرائن المنضمة المفيدة للظهور مقدمة - ثم العرف الخاص مقدم على العرف العام - وهو مقدم على اللغة .

(و) يترتب على هذا انه (ينصرف وقف المسلم على الفقراء الى فقراء المسلمين والكافر الى فقراء ملته) لان لفظ الفقراء وان كان عاما لانه جمع محلى باللام الا ان شاهد الحال قرينة على الاختصاص (و) لو وقف (على المسلمين) انصرف (الى المصلى الى القبلة) مطلقا - وعن الحلى الاختصاص بالمحقين اذا كان الواقف محقا لشهادة الحال والانصراف الى اهل مذهبه - وهو كما ترى - (و) لو وقف (على المؤمنين او الامامية) انصرف (الى الاثنى عشرية وكذا كل منسوب الى من انتسب اليه) وعن جماعة من القدماء انه لو وقف علي المؤمنين اختص بالعدول منهم لان المستفاد من جملة من النصوص (٢) ان الايمان عبارة عن الاقرار باللسان و التصديق بالجنان والعمل بالاركان - واورد عليهم بان جملة اخرى (٣) تدل على انه

١- سورة لقمان آية ١٥

٢-٣- راجع الكافى ج٢ بمضمونهما روايات فيه .

عبارة عن الاقرار باللسان والتصديق بالجنان ـ والجمع بحمل الاولى على الفرد الاكمل اولى من الجمع بتقييد الثانية بالاولى ـ ويتوجه على الاستدلال وجوابه ما مر من ان العرف العام مقدم على اللغة ولاشبهة في ان الايمان في العرف العام للاعم ـ ومعه لاعبرة بما فسر به الايمان في النصوص .

ثم انه لااشكال (و) لاخلاف في صحة الوقف (لو نسب الى اب) كما لو قال وقفت لبني فلان لاطلاق الادلة ـ ولخصوص مكاتبة (١) علي بن محمد بن سليمان النوفلي قال كتبت الى ابي جعفر الثاني (ع) اسأله عن ارض وقفها جدي على المحتاجين من ولد فلان بن فلان وهم كثيرون متفرقون في البلاد ـ فاجاب (ع) ذكرت الارض التي وقفها جدك على فقراء ولد فلان وهي لمن حضر البلد الذي فيه الوقف وليس لك ان تتبع من كان غائبا ـ وعليه فلااشكال في انه (كان لمن انتسب اليه بالابناء وفي البنات قولان) المشهور عدم دخول اولاد البنات وان قلنا انهم اولاده (واستدلوا له) بان الحكم المعلق على الانتساب غير الحكم المعلق على الوليد والاول لايشمل من انتسب اليه بالبنات (ولكن) الظاهر من الانتساب الى الشخص بحسب المتفاهم العرفي اعم من الانتساب اليه من طريق الابن او البنت .

(ولو شرك استوى الذكور والاناث مالم يفضل) لان التفضيل في الارث لايلازم التفضيل في هذا المقام .

(و) لو وقف على (القوم) بمعنى انه اخذ هذا العنوان في وقفه كما لو قال وقفت على قومي انصرف (الى اهل لغته) على المشهور بين الاصحاب وان اختلفوا في الاطلاق كما في المتن او النافع وعن الديلمي ـ او التقييد بالذكور منهم خاصة دون الاناث كما عن الشيخين والقاضي وغيرهم (وخالف) في اصل الحكم ـ الحلبي فاوجب الرجوع الى المعلوم من قصده مع امكانه والا فالى المعروف في ذلك الاطلاق عند موته ـ والحلي فصرفه الى الرجال من قبيلته ممن يطلق العرف بانه اهله وعشيرته دون من سواهم

١ ـ الوسائل ـ باب ٨ ـ من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ١

(اقول) قداستدل للمشهور بالاجماع وقدادعاه السيدابن زهرة ـ وبما عن الحلي والتنقيح انه رواية ـ فان تم الاجماع ـ والافالظاهر تمامية ماافاده الحلبي . وان كان يبقى الاشكال ح فيما اذالم يعلم المعروف في ذلك الاطلاق عندموته ـ ولايبعد اظهرية ماافاده الحلي في هذا الفرض فينصرف الى عشيرته وان كانوا من اهل لغة اخرى غير لغته (واما) التقييد بالذكور ـ فقد استدل له بقوله (١) تعالى «لايسخر قوم من قوم عسى ان يكونوا خيراً منهم ولا نساء من نساء عسى ان يكن خيراً منهن» وبقول الشاعر ـ وماادري وسوف اخال ادري ـ اقوم الحص ام نساء .

(٩) لو وقف على (**العشيرة**) انصرف الى الخاص من قومه ـ وهم (**الاقربون في النسب**) كما عن الشيخين والديلمي والقاضي والحلي ـ لان ذلك ينساق الى الذهن عنداطلاقها مضافا الى ماقيل من ورود رواية بذلك ـ نعم لابد وان يقيد بما اذالم يعلم من قصده الاعم اوالاخص .

(٩) لو وقف على (**الجار**) فعن جماعة منهم المحقق في النافع والمصنف في جملة من كتبه ان المرجع هو العرف وعن الشيخين والقاضي والحلبي والديلمي والكيدري وابني حمزة و زهرة والحلي ـ انه (**لمن يلي داره الى اربعين ذراعا**) وهو مختار الماتن هنا ـ و عن الغنية الاجماع عليه ـ وقيل انه الى اربعين دارا واختاره صاحب الحدائق ره (وجه) الاول ماتقدم من انه المحكم اذالم يكن للواقف عرف خاص وفقدت القرائن المفيدة لغير ماهو المفهوم من اللفظ عرفا (وجه) الثاني ماعن الخلاف من نسبته الى روايات اصحابنا واجماعهم (وجه) الثالث نصوص كثيرة ـ كصحيح (٢) جميل اوحسنه عن ابي جعفر (ع) حدالجوار اربعون دارا من كل جانب من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله ـ وخبر (٣) عمرو بن عكرمة عن ابي عبدالله (ع) قال رسول الله (ص) كل

١ـ الحجرات آية ١١

٢ـ٣ـ الوسائل باب ٩٠ من ابواب احكام العشرة كتاب الحج حديث ١ـ٢

اربعين دارا جيران من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله ـ ونحوهما غيرهما ـ (ولكن يتوجه) على وجه الثالث مضافا الى اعراض الاصحاب عن هذه النصوص ـ ان غاية مايدل عليه هذه انها حقيقة شرعية وهي معتبرة في الالفاظ الواردة عن الشرع ـ مثل مادل(١) على تاكد حضور المسجد لجاره واستحباب(٢) حسن الجوار وماشاكل دون الالفاظ المتداولة بين اهل العرف واللغة المستعملة في مجعولات الناس كالوقف والنذر والحلف وماشاكل ـ فان المعيار كما مر هو العرف الخاص ثم العام ـ وسره ماتقدم ـ وعلى وجه الثاني ان الاجماع لعله من جهة ماذكره بعضهم بموافقته لمقتضى العرف والعادة ـ والروايات لم تصل الينا ـ فالاظهر هو الاول .

(و) لو وقف (على سبيل الله) جاز صرفه في (**كل مايتقرب به اليه**) كمالايخفى ـ والقول باختصاصه بالجهاد كما عن ابن حمزة ـ او بقسمته اثلاثا ثلث للغزاة وثلث للحج وثلث للعمرة كما عن الشيخ ـ لادليل عليه ـ ولو كان له مولى عتاقة اي المولى من الاعلى وهو المعتق له ـ ومولى نعمة اي المولى من الاسفل وهو عتيقه (و) وقف على (**الموالي**) كان المراد بها (**الاعلون والادنون**) .

فرع لاخلاف (و) لا اشكال في انه (**لايتبع كل فقير في الوقف على الفقراء بل يعطى اهل البلد منهم ومن حضره**) فان الظاهر من حال من يقف على الفقراء مع كونهم كثيرين متفرقين في البلاد لايمكن استقصائهم ـ ذلك ـ نعم لو علم من حاله انه وقف على الجهة كان له ان يصرفه في غير اهل بلده ولو اراد صرفه فيهم جاز له تخصيص بعضهم به ولا يجب تتبع الجميع ـ كما انه لو علم في الفرض الاول من حاله عدم ارادة العموم وارادة الجهة لايجب عليه الا الصرف في فقراء بلده من دون ان يجب عليه تتبع الجميع.

وكذا الوقف على فقراء قبيلة معينة ـ واما مكاتبة(٣) علي بن محمد بن سليمان

---

١ ـ الوسائل باب ٢ من ابواب احكام المساجد كتاب الصلاة

٢ ـ الكافي ج٢ ص٦٦٦ باب حق الجوار

٣ ـ الوسائل باب ٨ من ابواب احكام الوقوف والصدقات حديث ١

المتقدمة فی ارض وقفت علی المحتاجين من ولد فلان وهم كثيرون متفرقون فی البلاد - قال ﷺ وهی لمن حضر البلد الذی فيه الوقف وليس لك ان تتبع من كان غائبا فلاتنا فی ما ذكرناه - فان المفروض فيها كون المحتاجين من تلك القبيلة كثيرين متفرقين فی البلاد فهو قرينة علی ارادة الوقف لفقرائهم الموجودين فی البلد و لا تدل علی لزوم تتبع الحاضرين فی البلد - او عدمه - فالمتبع ما بيناه (و) كيف كان فقد ظهر مما اسلفناه فی مسألة الوقف علی النفس انه (لو) وقف علی عنوان عام وجهة عامة و (صار منهم) او كان منهم حين اجراء الصيغة (جاز له ان ياخذ معهم)

اذا بطلت المصلحة الموقوف عليها

ثم انه بقی فی المقام (مسائل) لابد من التعرض لها (الاولی اذا بطلت المصلحة الموقوف عليها) فالمشهور انه يـ (صرف فی وجوه البر) بل لاخلاف فيه ظاهرا وان كان قول المحقق فی النافع وقيل يصرف فی البر مشعرا بتردده فيه - نعم فصل فی المسالك بين ما لو كان الوقف علی مصلحة تنقرض غالبا فيجری عليه حكم منقطع الآخر - وبين ما اذا كانت مما يدوم غالبا فالمتجه ما ذكره المشهور وبين ما يكون مشتبه الحال ففی حمله علی ای الجهتين نظر

واستدل للاول (بان) الملك قد خرج عن ملك الواقف فعوده يحتاج الی دليل وليس فالاصل بقائه علی الوقفية وحيث لا يمكن صرفه فی المصلحة المعينة فيصرف فی وجود البر (وبان) الوقف علی المصلحة فی الحقيقة وقف علی المسلمين وتعذر المصرف الخاص لا يوجب بطلانه بعد ان كان قصده الصرف فيما يكون مصلحة لهم (ويمكن) ان يوجه هذان الوجهان بنحو يسلمان عما اورد عليهما بان الواقف بحسب ارتكازه حين ما يوقف ما يكون باقيا بعد فوات المصلحة الموقوف عليها الی الابد - قاصدلان تكون العين الموقوفة محبوسة علی المصلحة المعينة مع وجودها وامكان الصرف فيها والی مصلحة اخری من مصالح المسلمين مع عدم امكانه - وعليه فاذا بطلت المصلحة الموقوف

عليها - كان لازم قوله (ع) (١) الوقوف تكون على حسب ما يوقفها اهلها - صرفها في مصلحة اخرى (وعلى الجملة) جعل الشيء وقفا الى الابد ورفع المالك يده عنه وحبسه مستمراً مادام كونه باقيا يوجب التوسعة في المصلحة الموقوف عليها ويكون حبسه بالنحو الذي ذكرناه - وبهذا البيان يندفع ما اورد على الوجهين المزبورين بان المفروض انه قصد الخصوصية فلا يبقى العام بعد فواتها والامكن ان يقال في الوقف على اولاد زيد اذا انقرضوا ان قصده كان الاحسان الى جماعة معينة واذا تعذر يصرف الى قربة اخرى كما في ملحقات العروة فان الفرق انما جاء من قبل دوام الوقف وعدمه - كما انه بما ذكرناه يظهر مدرك لزوم مراعاة الاقرب الى المصلحة الباطلة فالاقرب .

وربما يستدل بالاخبار المتفرقة المستفاد من مجموعها ان كل مال تعذر صرفه فيما عين صرفه فيه يصرف في وجوه البر كخبر (٢) محمد بن الريان قال كتبت الى ابي الحسن (ع) اسأله عن انسان اوصى بوصية فلم يحفظ الوصي الابا باواحدا منها كيف يصنع بالباقي فوقع عليه السلام الابواب الباقية اجعلها في وجوه البر - وخبر (٣) علي بن مزيد (فرقد خ ل) صاحب السابري اوصى الي رجل بتركته فامرني ان احج بها عنه فنظرت في ذلك فاذا هي شيء يسير لا يكفي للحج فسألت ابا حنيفة وفقهاء اهل الكوفة فقالوا تصدق بها عنه الى ان قال فلقيت جعفر بن محمد عليهما السلام في الحجر الى ان قال قلت تصدقت بها قال عليه السلام ضمنت الا ان لا يكون يبلغ ما يحج به من مكة فان كان لا يبلغ ما يحج به من مكة فليس عليك ضمان وان كان يبلغ ما يحج به من مكة فانت ضامن ونحوهما غيرهما - و يؤيده النصوص (٤) الكثيرة الواردة في اهداء الجارية للكعبة أو الوصية به أو نذر

١- الوسائل - باب ٢ - من ابواب الوقوف والصدقات

٢- الوسائل باب ٦١ - من ابواب كتاب الوصايا حديث ١

٣ - الوسائل باب ٣٧ - من ابواب كتاب الوصايا حديث ٢

٤- الوسائل - باب ٢٢ - من ابواب مقدمات الطواف - من كتاب الحج

الجارية لها أو الوصية بالف درهم للكعبة ـ الدالة على انه يباع الجارية ويصرف ثمنها على الحاج المنقطعين وكذا تصرف الدراهم عليهم ـ وربما يستدل بها للمطلوب ولكن فى الاستدلال بها له نظرا واضحا ـ الان ذكرها تاييدا كما صنعه سيد الرياض ره لاباس به هذا كله مع بطلان المصلحة .

واما اذا جهل المصرف فلا يحكم بالبطلان بلا كلام فح ان كان الترديد مع انحصار الاطراف يوزع عليهم كما هو الشان في المال المردد بين الشخصين وان كان مع عدم الانحصار ـ فان كان الترديد بين الجماعات كان لم يعلم انه وقف على العلماء او الزوار اوغيرهم جرى على منفعته حكم المال المجهول مالكه فيتصدق به ـ ويشهد به مضافا الى اطلاق اخبار المجهول المالك ـ خبر(١) ابى على بن راشد قال سالت ابا الحسن (ع) قلت جعلت فداك اشتريت ارضا الى جنب ضيعتى بالفى درهم فلما وفيت المال خبرت ان الارض وقف فقال (ع) لايجوز شراء الوقف ولاتدخل الغلة فى ملكك ادفعها الى من اوقفت عليه قلت لااعرف لها ربا قال (ع) تصدق بغلتها ـ وان كان بين الجهات كان لم يعلم انه وقف على المدرسة او المسجد او القنطرة اونحو ذلك من الجهات صرف فى وجوه البر غير الخارج عن اطراف الترديد .

حكم تغيير الوقف عن هيئته

(الثانية لو شرط ادخال من يوجد مع الموجود صح) بلا خلاف سواء كان الوقف على اولاده اوغيرهم (واستدل له) فى المسالك وغيرها بان هذا الشرط لاينافى مقتضى الوقف فان بنائه على جواز ادخال من سيوجد وسيولد مع الموجود واشتراط ادخال من يريد ادخاله فى معناه بل اضعف لانه قد يريد فيكون فى معنى اشتراط دخوله وقد لايريد فيبقى الوقف على اصله فاذا جاز الاول اتفاقا جاز الاخر كذلك او بطريق اولى ولايضر نقصان حصة الموقوف عليه اذ هو لازم فى كل مورد يضم المعدوم الى الموجود

١ ـ الوسائل ـ باب ٦ ـ من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ١

(وفيه) انه بناء على كون الشرط خارجا عن العقد كماهو الحق ـ الفرق بين الشرط المذكور والوقف على الموجود و من سيوجد ظاهر ـ فانه بالشرط يغير الوقف عما وقع عليه بخلاف تلك المسألة ـ فالاولى ان يستدل له مضافا الى عموم مادل(١) على وجوب الوفاء بالشرط ـ بان مقتضى الوقف المشروط بالشرط المذكور ـ دخول من شرط دخوله فيشمله (٢) قوله (ع) الوقوف على حسب مايوقفها اهلها ـ وان شئت قلت ان مرجع الشرط المذكور الى اخذ عنوان في الموقوف عليه ـ فكما انه لااشكال فيما اذا قال وقفت على اولادى الفقراء ـ فكما انه اذا كان بعض ولده غنيا لم يكن داخلا في الموقوف عليهم ثم صار فقيرا يشاركهم في الوقف مع الشرط المذكور ـ وبخبر (٣) ابى طاهر البلالى كتب جعفر بن حمدان استحللت بجارية الى ان قال ولى ضيعة قد كنت قبل ان تصير الى هذه المرئة سبلتها على وصاياى وعلى ساير ولدى على ان الامر في الزيادة والنقصان منه الى ايام حياتى وقد اتت بهذا الولد فلم الحقه في الوقف المتقدم المؤبد واوصيت ان حدث بي حدث الموت ان يجرى عليه مادام صغيرا فان كبر اعطى من هذه الضيعة جملة مائتى دينار غير مؤبد ولاتكون له ولالعقبه بعد اعطائه ذلك في الوقف شيء فرأيك اعزك الله فورد جوابه يعنى من صاحب الامر ارواحنا فداه ـ اما الرجل الذى استحل بالجارية الى ان قال واما اعطائه المائتى دينار واخراجه من الوقف فالمال ماله فعل فيه مااراد ـ فان ظاهره جواز تغيير الوقف مع الشرط.

(ولو اطلق واقبض لم يصح) تغييره بالاخراج او الادخال او التشريك اوغير ذلك لان الوقوف على حسب مايوقفها اهلها وبعد تمامية الوقف ولزومه لايجوز تغييره ولكن في خصوص الوقف على اولاده الاصاغر خلافا ـ فعن الشيخ في النهاية انه اذا وقف على اولاده الاصاغر جاز ان يشترط معهم من يتجدد له من الاولاد وان لم يشترط

١ـ الوسائل ـ باب ٦ ـ من ابواب الخيار

٢ـ الوسائل ـ باب ٢ ـ من ابواب كتاب الوقوف والصدقات ـ حديث ٢

٣ـ الوسائل ـ باب ٥ ـ من ابواب الوقوف حديث ٤

ذلك في العقد وعن القاضي موافقته بشرط عدم تصريحه بارادة الاختصاص بالسابقين و وافقه الشهيد الثاني ره ـ والمشهور منعوا عن ذلك ـ ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص ـ فانها طائفتان .

الاولى ـ مايدل على ماهو المشهور ـ كصحيح علي بن يقطين عن ابي الحسن (ع) عن الرجل يتصدق ببعض ماله على بعض ولده ويبينه لهم اله ان يدخل معهم من ولده غيرهم بعدان ابانهم بصدقة قال (ع) ليس له ذلك الا ان يشترط انه من ولد له فهو مثل من تصدق عليه فذلك له ـ وظهوره في الصدقة الجارية اى الوقف لاينكر ـ

والثانية مايدل على ماذهب اليه الشيخ ره ـ كصحيح(٢) علي بن يقطين عن ابي الحسن (ع) ـ عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدوله بعد ذلك ان يدخل معه غيره من ولده قال (ع) لاباس بذلك ـ ونحوه خبر(٣) محمد بن سهيل عن الرضا (ع) ـ وصحيح(٤) ابن الحجاج عن ابي عبدالله (ع) في الرجل يجعل لولده شيئا وهم صغار ثم يبدوله ان يجعل معهم غيرهم من ولده قال (ع) لاباس ـ وخبر(٥) علي بن جعفر عن اخيه (ع) عن رجل تصدق على ولده بصدقة ثم بداله ان يدخل غيره فيه مع ولده ايصلح ذلك قال (ع) نعم يصنع الوالد بمال ولده ماحب والهبة من الولد بمنزلة الصدقة من غيره .

وقد جمع الشهيد الثاني بين الطائفتين بحمل الاولى على صورة التصريح بالاختصاص و الثانية على صورة الاطلاق ـ بدعوى انه الظاهر من قوله (ع) يبينه وقوله (ع) بعدان ابانهم ـ وربما يجمع بحمل النفي في الاولى على الكراهة .

فالحق ان يقال ان صحيح ابن الحجاج غير ظاهر في الوقف اذليس فيه ان ما يجعل لهم من باب الوقف والصدقة وخبري علي بن جعفر و محمد بن سهيل ضعيفان سندا فيبقى صحيح علي بن يقطين ـ وهو اولا غير مختص بالصغار ـ وثانيا اعم

---

١ ـ ٢ ـ ٣ ـ ٤ ـ ٥ ـ الوسائل ـ باب ٥ ـ من ابواب كتاب الوقوف و الصدقات حديث ١ ـ ٢ ـ ٣ ـ ٥

من صحيحه الاول من جهة الاقباض وعدمه - والاول مختص بتلك الصورة لان ظاهر قوله (ع) ابانهم بصدقة ارادة الاقباض فيقيد اطلاقه به و بذلك يظهر ما فى الجمعين المذكورين فالاظهر ماهو المشهور .

(ولوشرط نقله بالكلية اواخرج من يريد بطل الوقف) عند الاكثر بل عليهما الاجماع فى كثير من الكلمات فالكلام فى موردين:

الاول - فيما لوشرط نقل الوقف بالكلية عن الموقوف عليهم الى من سيوجد - فقد سمعت دعوى الاجماع على بطلان الوقف بذلك - ولكن عن القواعد الاشكال فيه - وعن الدروس اختيار جوازه - وفى محكى التذكرة لوقال هذا وقف على اولادى سنة ثم على المساكين صح اجماعا - وفيه ايضا لوقال هذا وقف على اولادى مدة حياتى ثم بعد مماتى للمساكين صح اجماعا لكن فى المقام افتى بالبطلان - وعن جامع المقاصد توجيه الفرق بين المسألتين بان الوقف فى المثال الاول لم يكن على الاولاد بل على الفقراء منهم فاذا زال الفقر ينتفى الموقوف عليهم فكان ذلك جاريا مجرى موتهم و عدمهم بخلاف ما اذا ثبت الوقف لهم وشرط نقله عنهم فان ذلك ابطال للوقف باختياره .

و كيف كان فقد استدل للبطلان فى هذه المسألة - تارة بماذكره المحقق الثانى ره وحاصله ان هذا الشرط بمنزلة شرط الخيار الممنوع بالاجماع - واخرى بانه شرط مناف لمقتضى الوقف اذ وضعه على اللزوم - ولكن يتوجه على الاول ان الممنوع بالاجماع اشتراط ان يكون له فسخ الوقف بحيث يرجع الى ملكه واما هذا النحو من الانفساخ المستلزم لحبسه على غيرهم فلا دليل على المنع عنه - واطلاق ادلة الشروط يوجب صحته - ويرد على الثانى ان مقتضى الوقف بدون الشرط كون الموقوف وقفا على الموقوف عليهم ومع الشرط يكون مقتضاه بمقتضى قوله ﷺ الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها انتقاله الى غيره كما لو وقف على اولاده الفقراء ثم على غيرهم فانه بانتفاء الفقر ينتقل منهم الى غيرهم - و على الجملة الفرق بين اشتراط الانتقال الى غيرهم - و بين اخذ عنوان فى الموقوف عليهم مستلزم للانتقال غير ظاهر فمقتضى الادلة صحة الوقف.

وبما ذكرناه يظهر الحال فى شرط الاخراج فانه يجرى فيه ما ذكرناه فى هذا المورد

فلو لم يكن اجماع في الموردين كان الحق هو البناء على الصحة.

نفقة المملوك ومصارف تعمير الاملاك الموقوفة

على الموقوف عليه

(**الثالثة نفقة المملوك**) كالدابة الموقوفة (**على الموقوف عليه**) بناء على انتقال العين الموقوفة الى الموقوف عليه لما دل (١) على وجوب نفقة المملوك على مالكه - و على الواقف ان قلنا ببقائها على ملك الواقف - ودعوى - انصراف مادل على وجوب نفقة المملوك على مالكه عن مثل هذا المالك الذى صار مثل الأجنبي - ممنوعة - وان قلنا بخروجها عن ملك الواقف وعدم دخولها في ملك الموقوف عليه - كما هو الاظهر فقد يستدل لوجوب نفقتها على الموقوف عليه بما دل على وجوب حفظ النفس المحترمة والمال المحترم - وفيه - اولا انه لادليل على ذلك في غير الادمى ولذا لايجب التقاط الحيوان اذا خاف عليه التلف - وثانيا ان الوجوب من هذه الجهة لايختص بالموقوف عليه بل يجب على عامة المكلفين كفائيا - ويمكن ان يستدل له بان العين امانة شرعية في يد الموقوف عليه فيجب حفظها وهو متوقف على تعليفها وسقيها ولا يبعد دعوى كون الشرط الضمنى في ضمن عقد الوقف ذلك .

واما مصارف تعمير الأملاك الموقوفة ومؤونة اصلاحها للاستنماء بها وما تحتاج اليه في بقائها مع عدم تعيين الواقف فتكون من نمائها مقدما على حق الموقوف عليهم - نعم لهم ان يعطوا عوضه من غيره واذا لم يف بها لم تجب على احد - هكذا قالوا ولايحضرني الان وجه يستند اليه لتقديم مصارف تعمير الاملاك الموقوفة على حق الموقوف عليهم سوى الشرط الضمنى الذي عليه بناء الواقف حين الوقف فانه اذا وقف دارا ابدا على الفقراء او العلماء اوغيرهم - لامحالة يكون المرتكز في ذهنه صرف مقدار من نمائها

١- الوسائل باب ١٣٤ و ١٤٢ من ابواب النفقات كتاب النكاح وباب ٩ من ابواب احكام الدواب كتاب الحج .

ومنفعتها فى تعميرها ـ حيث انه من المعلوم انه لو لم يصرف فى تعميرها لانهدمت بعد مدة قليلة وخرجت عن قابلية الانتفاع بها و كفى بذلك مدركا .

(ولو) كان المملوك عبدا و (اقعد انعتق و كانت نفقته على نفسه ولو جنى الموقوف لم يبطل الوقف الا بقتله قصاصا و لوجنى عليه كانت القيمة للموقوف عليه)

(الرابعة لو وقف على اولاده اشترك اولاد البنين و البنات الذكور والاناث) عند المصنف وجماعة ـ ولكن المشهور بين الاصحاب انه ينصرف الى اولاده الصلبي فلا يشمل اولاد الاولاد لا اولاد البنين ولا اولاد البنات ـ واستدل للاول بصدق الولد على و لد الولد و هكذا ـ ويدفعه ـ انه لايكفى صدقه بماله من المعنى اللغوى بل الميزان صدقه بما هو المفهوم منه عرفا كما مر ـ ومع عدم القرينة لايبعد انصرافه الي الصلبى ـ نعم لو قال وقفت على اولاد اولادى كان فالمنساق منها الى الذهن الاعم من الطبقة الثانية و مابعدهم من الطبقات و كيف كان فالميزان هو الفهم العرفي (ولو قال من انتسب الى فهو لاولاد البنين خاصة على قول) قد تقدم فى مسئلة ما لو وقف على من نسب الى اب فراجع (الخامسة كل ما يشترطه الواقف من الاشياء السائغة لازم) لعموم وجوب(١) الوفاء بالشرط .

استيجار الارض لتجعل مسجدا

(السادسة) يجوز استيجار الارض لان تجعل معبدا ومصلى للناس لان ذلك منفعة محللة يجوز الاجارة لها ـ وهل تصير وقفا لو وقف ـ الاظهر عدمه لما مر من انه لايصح وقف المنفعة ويعتبر فى الموقوف ان يكون عينا ـ وهل يصح جعلها مسجدا ويصير بذلك مسجدا يترتب عليه احكامه من حرمة التنجيس ومكث الجنب والحائض وماشاكل ام لا ـ الاظهر هو الثانى لان المسجدية من العناوين الاعتبارية العقلائية الممضاة

---

١ ـ الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار كتاب التجارة

شرعا ومورد الاعتبار نفس الارض وهى التى تتشرف بكونها متحيثة بحيثية كونها بيت الله تعالى ـ وهذا لايكون فى المنفعة اللهم الا ان يقال نفس قابلية الارض لان تجعل مسجدا منفعة محللة يقع عليها الاجارة فيجعل الارض مسجدا ـ مع ان المسجد اسم للموقوف مؤبدا كما عن جامع المقاصد ولذلك بنينا على ان عنوان المسجدية غير قابل للزوال فالارض التى صارت مسجدا تكون مسجدا الى الابد ـ وما فى ملحقات العروة تبعا للمحقق الاردبيلى من انه لادليل على ان المسجد لايخرج عن المسجدية ابدا غير تام .

كما ان ما افاده فى العروة فى كتاب الاجارة من انه اذا قصد عنوان المسجدية لامجرد الصلاة فيه وكانت المدة طويلة كمائة سنة او ازيد لايبعد ذلك لصدق المسجد عليه ح ـ فى غير محله . اذلو اعتبر الدوام فى المسجدية فلا مورد للاجارة المذكورة والافلاوجه لاعتبار ان تكون المدة طويلة ـ ومع الاغماض عن جميع ماذكرناه الشك فى انه هل يصح جعل الارض التى استؤجرت لان تجعل مسجدا ـ وهل يتحقق هذا العنوان بذلك ام لا ـ كاف فى البناء على عدم التحقق وعدم ترتب آثار المسجد عليها ومع ذلك فالمسألة مشكلة ـ والاحتياط طريق النجاة .

حكم ما اذا شك فى اعتبار قيد او خصوصية فى الموقوف عليهم

السابعة فى الاوقاف العامة اذا شك فى اعتبار قيد او خصوصية فى الموقوف عليهم يكون هو فاقدا له كما لو شك فى مدرسة انها وقف على مطلق المشتغلين او خصوص العدول منهم او على من لامسكن له اونحو ذلك ـ فهل يجوز له ان يسكن فيها ام لايجوز الا اذا كان واجدا لذلك القيد قولان .

قد استدل للجواز بقوله(١)(ع) كل شيء يكون فيه حلال وحرام فهو لك حلال

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٤ ـ من ابواب مايكتسب به كتاب التجارة حديث ـ ١

ابدا حتى تعرف الحرام منه بعينه فتدعه ونحوه غيره - بدعوى ان وقف المدرسة فيه حلال وهو مالم يقيد بقيد وحرام وهو ماقيد بقيد مفقود فيه فيحكم بجواز التصرف مالم يعلم حرمته - وبان الاصل عدم الاشتراط - فاصل الوقف للمشتغلين مثلا معلوم وتقيده بقيد مفقود فيه مرتفع بالاصل فالموضوع متحقق بضم الوجدان بالاصل ويترتب عليه حكمه وهو جواز التصرف - ولكن يتوجه على الاول انه انما يدل على ثبوت الحلية فيماشك في حليته وحرمته فهو اصل غير محرز -ومن الثابت في محله حكومة الاصل التنزيلي وهو الاستصحاب عليه وهو في المقام يقتضي عدم الجواز لاصالة عدم الوقف بنحو يشمله - وبعبارة اخرى - اصالة حرمة التصرف في الاموال حتى يثبت المجوز - وعلى الثاني ان اصالة عدم الاشتراط لاتثبت وقوع الوقف على المطلق - اذ غاية مايدل عليه الاصل عدم اخذ القيد في الوقف وهذا اعم من وقوعه على المطلق - ودعوى العلم بان العقد واقع اما على المطلق او المقيد فاذا انتفى الثاني يثبت الاول - مندفعة بان مثبتات الاصول ليست بحجة - فالاظهر عدم جواز التصرف .

وان علم انه وقف على جماعة كالذكور من اولاده مثلا وشك في ان الوقف عليهم خاصة - اومع اشتراك الاناث - يكون ثبوت نصف الوقف على الذكور معلوما والنصف الاخر مردد بين ان يكون لهم او للاناث فيعامل معه معاملة المال المردد بين شخصين اوطائفتين وحكمه التنصيف لقاعدة العدل والانصاف هذا اذا كان الوقف بنحو التوزيع و ان كان بنحو المصرف بحيث لو كان شاملا للاناث جاز الاقتصار على الصرف في الذكور يمكن ان يقال ان صرف المال في الذكور متيقن الجواز ويشك في جواز صرفه في الاناث والاصل يقتضي عدمه - فان قيل - انه في الفرض السابق يجري اصالة عدم الوقف على الاناث ويترتب عليه كونه بتمامه للذكور -قلنا - ان هذا الاصل لايثبت كون تمام المال للذكور لعدم حجيته في مثبتاته بل الاصل بالنسبة الى الزايد عن النصف عدم الوقف للذكور وبماذكرناه ظهر مافي كلمات المحقق القمي ره حيث بنى على انه يقسم المال على الجميع بالسوية - اللهم الا ان يقال ان مورد كلامه قده ما اذا لم يعلم انه وقف على الذكور خاصة -

اوعلى الاناث كك اوانه لمطلق اولاده كما هو المفروض فى سؤال ذكر ذلك جوابا عنه وح مافاده متين لكون المال ح مرددا بين طائفتين ومقتضى قاعدة العدل والانصاف توزيع المال بينهم بالسوية.

فى السكنى والعمرى و الرقبى

خاتمة ـ فى مسائل تتعلق بالسكنى و العمري والرقبى ـ و هى باجمعها ثابتة بالاجماع والنصوص المستفيضة الاتية جملة منها ـ والكلام فيهافى طى مسائل ـ الاولى ـ (يفتقر السكنى والعمرى والرقبى الى ايجاب وقبول) بلاخلاف الافيما او اطلقها ولم يقترنها بالعمر او مدة فاحتمل بعضهم عدم احتياجها ح الى القبول ـ ومستند الحكم ان الاصل عدم انتقال شيء الى ملك الغير بدون قبوله ـ واستدل لعدم الاحتياج الى القبول فى صورة الاطلاق بانها ح بمعنى اباحة السكنى لجواز الرجوع فيهامتى شاء كما سيجيء ويرده ان جواز الرجوع انماهو بعد انقضاء المسمى وهذا لاينافى انتقال المنفعة اليه ـ ولالزومها قبله.

وتفتقر ايضا الى (القبض) بلاخلاف بل عليه الاجماع فى جملة من الكلمات انما الكلام فى انه شرط الصحة او اللزوم ـ و المتيقن من دليل اعتباره و هو الاجماع الثانى.

ولايعتبر فيهاقصد القربة للاصل.

الثانية (وليست ناقلة) للعين بل انماهى تنقل المنفعة كما يشهد بهما النصوص المستفيضة (١) المتضمنة لان من جعل سكنى داره لغيره ـ يجب الوفاء به و رد العين بعده إليه ويجوز بيعها بعد انقضاء المدة او قبله مع اشتراط ان لايستحق المشترى السكنى فى تلك المدة اذلو كانت العين منتقلة عنه لما جاز بيعها له ـ وقوله جعل سكنى داره لغيره

١- الوسائل باب ٢- من ابواب كتاب السكنى والحبيس

ظاهر فی تملکیها اياه لاحظ ـ خبر (۱) حمران عن السکنی و العمری فقال الناس فيه عند شروطهم ان كان شرط حياته فهی حياته وان كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتى يفنوا ثم يرد الى صاحب الدار ـ وخبر (۲) الكنانی عن الصادق (ع) عن السکنی والعمری فقال عليه السلام ان كان جعل السکنی فی حياته فهو كما شرط وان كان جعلها له ولعقبه من بعده حتى يفنى عقبه فليس لهم ان يبيعوا ولا يورثوا ثم ترجع الدار الى صاحبها الاول ـ وصحيح (۳) الحسين بن نعيم عن ابی الحسن موسى (ع) عن رجل جعل دار سکنی لرجل ايام حياته أو جعلها له ولعقبه من بعده هل هی له ولعقبه من بعده كما شرط قال نعم قلت فان احتاج يبيعها قال نعم قلت فينقض بيع الدار السکنی قال عليه السلام لا ينقض البيع السکنی كك سمعت ابی يقول قال ابو جعفر عليه السلام لا ينقض البيع الاجارة ولا السکنی ولكن تبيعه على ان الذی اشتراه لا يملك ما اشترى حتى تنقضی السکنی كما شرط وكذا الاجارة الحديث ونحوها غيرها ـ فما عن الشيخ فی العمری من انها لا ترجع الى المالك ضعيف لا مستند له سوى ما عن الدروس من رواية جابر ـ ولعله اراد بها ما رواه (۴) عن النبی صلى الله عليه وآله وسلم ايما رجل اعمر عمری له ولعقبه فانما هی للذی يعطاها لا ترجع الى الذی اعطاها ـ وهو مضافا الى ضعف سنده محجوج بما مر.

الثالثة ان من يسكن غيره داره ـ تارة يعين للسکنی مدة معينة كعشر سنين مثلا ويسمى بالرقبی ـ و اخرى يجعلها له مدة عمر المالك او الساكن ويسمى بالعمری ـ وثالثة ـ يجعلها له من غير تعيين مدة ـ وهی السکنی ـ ثم انه فی العمری كما يجوز تعليق العمر على عمر المعمر ـ يجوز اضافة عقبه اليه بحيث يجعل المنفعة بعده لهم مدة عمرهم او مدة معينة ويدل على مشروعية جميع تلكم ـ النصوص ـ ولا يهم البحث فی ان النسبة بين هذه

۱ـ الوسائل باب ۲ من ابواب السکنی والحبيس حديث ۱

۲ـ الوسائل باب ۳ من ابواب السکنی والحبيس حديث ۱

۳ـ الوسائل باب ۲۴ من ابواب الاجاره حديث ۳

۴ـ التذكره ج ۲ ص ۴۴۹

العناوین الثلاثة عموم مطلق بان یکون السکنی عامة للجمیع وح ان اقترنت بالمدة یطلق علیها الرقبی ایضا- وان اقترنت بالعمر یقال لها العمری - او تکون النسبة عموما من وجه کما عن الاکثر- لاجتماع السکنی مع کل منهما فیما لو قرن تملیك المنفعة بالسکنی و مشخصات احداهما کالسکنی مدة العمر فی العمری ومدة معینة فی الرقبی - وافتراقها عن کل منهما باقتران التملیك بالسکنی خاصة ویفترقان عنها بتجرد التملیك عن الاسکان وتقییده بالعمر او المدة - فان ذلك کله امور اصطلاحیة لامشاحة فیها -بناء علی ماهو الحق من عدم اعتبار لفظ خاص فی ماینشأ به هذه العناوین کما فی سایر عناوین العقود والایقاعات - نعم - فی خصوص جریان العمری والرقبی فی غیر المسکن: کلام سنتعرض له انشاء الله تعالی.

وعلی مامر (**فان عین مدة لزمت**) ولایجوز له الرجوع مالم ینقض المدة (**ولو مات المالك قبلها**) کما هو المشهور بل صرح جماعة بجهالة القائل بخلافه - ویشهد به مضافا الی مادل علی لزوم العقد مطلقا خصوص روایات تقدمت جملة منها - دالة علی وجوب العمل بالشرط - فما -عن الشیخ والحلبی من عدم لزومها کالعمری اما مطلقا کما عن الاول او مع عدم قصد القربة کما عن الثانی - ضعیف.

(**وکذا**) لایجوز الرجوع (**لو قال له عمرك**) ولاتبطل بموت المالك (**فان مات الساکن بطلت**) عند الاکثر بل علیه عامة من تاخر - لمامر- وعن الاسکافی انه اذا مات المالك واراد ورثته اخراج الساکن نظر الی قیمة الدار فان کانت تحیط بها ثلث المیت لم یکن لهم اخراجه وان کانت تنقص عنه کان ذلك لهم -واستند فی ذلك الی ان المالك لایملك منفعة الدار بعد موته وانما له ان یملکها اذا لم تزد علی الثلث - والی خبر (١) خالد بن نافع البجلی عن ابی عبدالله (ع) - ویتوجه علی الاول ان المالك فی حال حیاته یملك المنفعة المرسلة وله ان یملکها کمامر فی الاجارة -وعلی الثانی انه ضعیف السند

١- الوسائل باب ٨ من ابواب کتاب السکنی والحبیس حدیث ١-

لخالد الذی هو اما مبهم مجهول ولغيره ـ مع انه فيما لو جعل له مدة عمر المالك .

(ولو قال) اسكنتك (مدة حياتى بطلت بموته ولو مات الساكن قبله انتقل الحق الى ورثته مدة حياته) بلاخلاف ويشهد به مادل على لزوم العقد والنصوص المشار اليها ـ وفى خصوص الحكم الثانى ادلة الارث ـ وصحيح (١) محمد بن قيس عن الباقر (ع) عن امير المؤمنين ﷺ انه قضى فى العمرى انها جائزة لمن اعمرها فمن اعمر شيئا مادام حيا فانه لورثته اذا توفى .

(ولو) اطلق السكنى و (لم يعين) لها مدة معلومة ولا عمرا اصلا صح السكنى بلاخلاف ولكن (كان للمالك اخراجه متى شاء) ـ بلاخلاف ـ لموثق (٢) الحلبى عن ابى عبدالله (ع) فى حديث ـ عن رجل اسكن رجلا ولم يوقت له شيئا قال يخرجه صاحب الدار اذا شاء ـ ونحوه صحيحه (٣) الاخر اوحسنه .

ثم انه وقع الخلاف فى انه هل يلزم الاسكان ولو فى الجملة كيوم ونحوه مما يسمى اسكانا فى العرف والعادة ام هى ح من العقود الجائزة ـ نسب الشهيد الثانى الثانى الى الاكثر ـ وعن التذكرة والمحقق الثانى وصاحب الكفاية اختيار الاول ـ وهو الاظهر لعموم (٤) وجوب الوفاء بالعقد ولزومه وليس فى نصوص الباب ما ينافى فى ذلك فانها تدل على ان له ان يخرجه من الدار متى شاء ومن المعلوم ان الاخراج انما يكون بعد الاسكان (ودعوى) ان السكنى بهذا النحو باطلة للغرر والمتيقن من الدليل صحتها فهى غير مشمولة لادلة وجوب الوفاء بالعقد كى يحكم بلزومها (مندفعة) بان دليل الصحة يقيد دليل نفى الغرر ـ فهو عقد صحيح ـ مشمول لدليل وجوب الوفاء.
ثم لو مات المالك والحال هذه هل تبطل السكنى بالمرة ـ لانها بعد تحقق المسمى من العقود الجائزة و هى تبطل بموت احد المتعاقدين ـ ام لاتبطل غاية الامر لورثة المالك اخراجه كما كان لنفسه ـ وجهان اظهرهما الثانى ـ لما مر من عدم الدليل على هذه الكلية ـ اى بطلان العقد الجائز بالموت .

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٨ ـ من ابواب كتاب السكنى والحبيس حديث ـ ٢
٢ ـ ٣ ـ الوسائل باب ٤ ـ من ابواب كتاب السكنى والحبيس . حديث ٢ ـ ١
٤ ـ المائدة آية ـ ٢

الثالثة **(ولو باع المسكن لم تبطل السكنى)** ان وقت بامد او عمر على المشهور لصحيح الحسين بن نعيم المتقدم وهو كما يدل على عدم بطلان السكنى يدل على صحة البيع ـ ومعه لايصغى الى ماعن المختلف والتذكرة والقواعد من الاستشكال فى الصحة ـ وعن التحرير القطع بعدمها ـ نظرا الى ان المقصود من البيع هو المنفعة ولـذا لايجوز بيع مالا منفعة فيه وزمان استحقاق المنفعة فى العمرى مجهول ـ لكونه اجتهادا فى مقابل النص ـ مع انه فى نفسه غير تام فانه يمكن ان يشترى العين مسلوبة المنفعة فى مدة لغرض له فيها ـ والمانع عن صحة البيع الجهل بالمبيع ـ و لايعتبر العلم بالمنفعة قطعا ولذا يصح بيع مالايعلم منفعته .

الرابعة **(وللساكن ان يسكن بنفسه ومـن جرت عادته باسكانهم كالـولد والـزوجة والمملوك والخادم)** ـ لاقتضاء اطلاق السكنى باقسامها الثلاثـة حيث تتعلق بالمسكن ذلك ـ وماعن النهاية والقاضى وابن حمزة من الاقتصار على ذكر الولد والاهل ـ يكون مرادهم منه التمثيل كما فهمه المتاخرون **(وليس له اسكان غيره من دون اذنه ولا اجازته)** على المشهور اقتصاراً فيما خـالف الاصل على مقدار الاذن والترخيص (وعن) الحلى ان له اسكان من شاء واجارته ونقله كيف شاء محتجا بانه ملك المنفعة بعقد لازم فيجوز له التصرف فيها مطلقا كما لو تملكها بالاجارة .

اقول لااشكال كمامر فى ان السكنى انما تكون تمليكا للمنفعة ـو لكن تمليك المنفعة تارة يكون بنحو الاطلاق و اخرى يكون بتمليك حصـة خاصة منها وهى قابلية الدار مثلا لسكنى الساكن نفسه و من يتعلق به لامطلق مسكنية الدار ـ و على الاول وان صح نقل المنفعة كيف شاء ولكنه لايجوز على الثانى اذلامملوك له حتى يملكه ـ و المدعى ان ظاهر السكنى هو كون نقل المنفعة من قبيل الثانى ـ فان قلت ـ ان سكنى الدار بالمعنى القائم بالساكن و ان كانت كلية ولها حصص لكنها ليس منفعة الدار وبالمعنى القائم بالمسكن الذى هو موجود بالقوة تكون جزئية بتبع وجود

القابل فلا تقبل التقييد - قلنا ان الموجود بالقوة اذاكان مضائفه غيرمتعين يكون هو ايضا غيرمتعين قابلاللتقييد و مضائف مسكنية الدار القائم بالساكن غير متعين لان سكنى زيد غير سكنى عمرو و هكذا فمسكنية الدار ايضا كك و يقال ان مسكنيتها بالقوة بالنسبة الى سكنى زيد - غير مسكنيتها بالا ضافة الى سكنى عمرو - و هذا من شان مقولة الاضافة و الامور الموجودة بالقوة فكون الموجود بالقوة جزئيا لاينافى كونه لامتعين فيقبل التعينات الخاصة ويقبل بقائه على حاله من عدم التعين فيكون مطلقا .

الحبس

الخامسة - فى الحبس ولم يتعرض الاكثر لاحكامه مستوفى ولم يتعرضوا العقده ولالاعتبار القبض فيه و ماشاكل (و) انما ذكروا ضابط صنف من الحبس - قالوا (كلمايصح وقفه يصح اعماره كالملك والعبدوالاثاث) والحق انيقال ان كلمايصح وقفه يصح حبسه لعموم ادلة لزوم الوفاء بالعقد - و مادل على صحة الوقف و لزومه بناء على ماتقدم من عدم اخذ الدوام فى الوقف - وعليه فجميع ماذكرناه من الاحكام و الشروط فى الوقف جارية فى الحبس - والظاهر انه لاخلاف بينهم فى شىء منها - ولعله لذلك لم يستوفوا احكامه فى المقام و قدمر فى بعض مسائل الوقف مايوضح ذلك.

(و) انما الكلام فى المقام فى موردين -- الاول فى اعمار غير الدار كما اذا حبس فرسه مثلا مدة عمر المالك اوالمحبوس له و الظاهر صحته لعموم الادلة - و لخصوص صحيح(١) محمدبن قيس عن ابى جعفر عليه السلام عن اميرالمؤمنين عليه السلام انه قضى فى العمرى انها جائزة لمن اعمرها الحديث -وصحيح (٢) يعقوب بن شعيب عن ابى عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم يخدمه فيقول هى لفلان تخدمه ماعاش

---

١ الوسائل باب ٨ ـ من ابواب كتاب السكنى والحبيس - حديث٢

٢ - الوسائل باب ٦ -من ابواب كتاب السكنى والحبيس -حديث٢

فاذامات فهى حرة فتبـاق الامة قبل ان يموت الرجل بخمس سنين اوستة ثم يجدها ورثته الهم ان يستخدموها قدرما ابقت قال ﷺ اذامات الرجل فقد عتقت. فانه يظهر منه ان اعمار الجارية كان جوازه مفروغا عنه و الامام ﷺ قرره على ذلك -- و مثله خبر(١) على بن معبد وغيره - وهل يجوز جعله له غير موقت الاظهر ذلك لاطلاق الادلة.

الثانى فى خصوص (مالوحبس) ماله لغير انسان كما لوحبس (**فرسه اوغلامه فى خدمة بيوت العبادة او فى سبيل الله**) فالمشهور انه يـ (**لزم مادامت العين باقية**) وهو كك للاجماع و اطلاق ادلة الوقف - والسيرة القطعية - وفى المقام روايتان تمسك بهما صاحب الكفاية له - وفى سند احداها _ ودلالة الاخرى تامل فالاعراض عن ذكرهما اولى - ثم انه هل يملك ماحبس له من البيت ونحوه كما عن المصنف ره فى التذكرة ام لا بل يكون مالا بلا مالك لا يهمنا التعرض له لعدم ترتب الاثر عليه - والحمد لله اولا و آخرا .

الفصل الثالث فى الوصايا

وهى جمع وصية - ففى التذكرة هى مشتقة من قولهم وصى اليه بكذا يصيه صية اذا وصل به و ارض واصية اى متصلة البنات فسمى هذا التصرف وصية لما فيه من وصلة القربة الواقعة بعد الموت بالقربات المنجزة فـى الحياة فكانه وصل تصرفه فـي حياته بتصرفه بعد مماته - ونحوه عن جامع المقاصد - وعـن المبسوط الوصية مشتقة من وصى يصى - وظاهرهم كونها مشتقة من الثلاثى بمعنى الوصل - وفى الرياض هى من وصى يصى او اوصى يوصى اووصى يوصى واصلها الوصل سميت به لما فيها من وصلة التصرف فى حال الحياة به بعد الوفاة - ونحوه عن الروضة - و قريب منهما مافى العروة - وظاهر هؤلاء الترديد فى ان الوصية ماخوذة من الثلاثى او الرباعى - وفى الجواهر الوصايا جمع وصية من اوصى يوصى اووصى يوصى قال فى الصحاح اوصيت له بشىء او اصيت اليه اذا جعلته وصيك والاسم الوصاية بالكسر

١-الوسائل باب٣ -من ابواب كتاب السكنى والحبيس حديث٣

والفتح واوصيته ووصيته ايضا توصية بمعنى - الى ان قال وصيت الشيء بكذا اذا وصلته به وذكر غير واحد من الاصحاب ان الوصية منقولة من وصى يصى بالمعنى الاخير الى ان قال والاولى نقلها من الوصية بمعنى العهد .

اقول الظاهر تمامية ما فى الجواهر كما صرح به جمع من اهل اللغة فى كتبهم كالصحاح والقاموس والمنجد - ومحصله ان الوصية انما هى اسم مصدر للايصاء او التوصية لا مصدر للثلاثى ولا اسم مصدر له - وانها بمعنى العهد لاغير كما يرشد الى ذلك الايات القرآنية - وهى قوله تعالى (١) «وصية لازواجهم» وقوله تعالى (٢) «من بعد وصية يوصى بها او دين - ومن بعد وصية يوصين بها اودين ومن بعد وصية توصون بها اودين» وغير تلكم من الايات بل الرباعى الماخوذ منه الوصية - ايضا استعمل فى ضمن ساير مشتقاته فى الكتاب بمعنى العهد - لاحظ الايات (٣) « اذ وصاكم الله بهذا» (٤) «ذلكم وصاكم به لعلكم تذكرون» «ذلكم وصاكم به لعلكم تعقلون» (٥) «ولقد وصينا الذين اوتوا الكتاب» «ووصينا الانسان بوالديه حسنا» (٦) الى غير تلكم من الايات الكريمة .

ثم انه حيث لا يكون للشارع اصطلاح خاص فى الوصية وانما اطلقت على التصرف الخاص وهو العهد فى حال الحياة بما بعد الوفاة - لكونه من مصاديق معناها العام -- فالصحيح ان يقال انها فى عرف المتشرعة والفقهاء عبارة - عن العهد بشيء من تمليك عين او منفعة او تسليط على التصرف فى حال الحياة بما بعد الوفاة - وانما اضفنا اليه - او تسليط على التصرف فرارا عما اورد على تعريف الشرايع المنسوب الى اكثر الاصحاب بانها تمليك عين او منفعة بعد الوفاة - بانه يلزم خروج الوصية بالولاية على الثلث وبالولاية على الاطفال والمجانين مع انها من الوصية - وعليه فالمتعين ما فى

١- البقرة آية ٢٤٠ ٢- النساء آية ١٢

٣- الانعام آية ١٤٤

٤- الانعام آية ١٥١-١٥٢

٥- النساء آية ١٣١ ٦- العنكبوت آية ٨

التذكرة من اضافة قيد التبرعية لاخراج الوصية بالبيع والتمليك المعاوضى.

ثم ان الوصية اما تمليكية اوعهدية - وبعبارة اخرى قد تكون تمليك عين او منفعة. وقد تكون تسليط على حق او فك ملك - وقد تكون عهدا متعلقا بالغير - وقد تكون عهدا متعلقا بنفسه كالوصية بما يتعلق بتجهيزه .

و الاصل فى شرعيتها بعد اجماع المسلمين عليها كافة الايات المتكاثرة _ قال الله(١) تعالى «كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين و الاقربين» والنصوص المتواترة -ياتى الى جملة منها الاشارة - مضافا الى النصوص المستفيضة الواردة فى فضلها والامرة بها - كصحيح(٢) محمد بن مسلم عن الباقر (ع) الوصية حق وقد اوصى رسول الله(ص) فينبغى للمسلم ان يوصى - وخبر(٣) الكنانى عن الصادق(ع) عن الوصية قال (ع) هى حق على كل مسلم - وخبر(٤) سليمان بن جعفر عنه (ع) قال رسول الله (ص) من لم يحسن وصيته عند الموت كان نقصا فى مروته وعقله - والنبوى (٥) الخاصى ماينبغى لامرأ مسلم ان يبيت ليلته الا ووصيته تحت رأسه - والنبوى (٦) من مات بغير وصية مات ميتة جاهلية الى غير تلكم من النصوص - (و) لهذا قال المصنف ره (**هى واجبة**) و لكنها حملت على تاكد الفضيلة - بل الظاهر عدم استفادة ازيد منها من مجموع النصوص بعد ضم بعضها الى بعض - أو على الوصية بالامور الواجبة كالخمس والزكاة المفروضة وسيأتى تمام الكلام فيه.

حكم القبول فى الوصية

ثم ان الكلام فى هذا الفصل - يقع فى مطالب - الاول - فى عقد الوصية ومايلحق به و فيه مسائل - **الاولى** -- (**لابد فيها من ايجاب**) اجماعا (**وقبول**) بلاخلاف

١- البقرة اية ١٨٠

٢- ٣- ٥- ٦- الوسائل - باب١- من ابواب كتاب الوصايا حديث ١-٢-٧-٨

٤- الوسائل- باب٣- من ابواب كتاب الوصايا- حديث ١

في الجملة بل عليه الاجماع عن الغنية - اما اعتبار الايجاب - فلما مر مرارا من ان بناء الشارع الاقدس على عدم الاعتناء بالالتزامات والبنائات النفسانية مالم تبرز - و اما اعتبار القبول - ففيه وجوه وبعضها اقوال (١) عدم اعتباره مطلقا بل يكون الرد مانعا اختاره بعض متاخرى المتاخرين (٢) عدم اعتباره في الوصية العهدية و اعتباره في التمليكية (٣) اعتباره فيها مطلقا و هو المشهور (ثم ان) القائلين باعتباره فيها- اختلفوا في انه جزء السبب - او شرط تاثيره- على وجه النقل او الكشف وانه لادخل له في انتقال الملك بل ينتقل الملك بمجرد الموت لكنه متزلزل فاذا حصل القبول استقر-نسب الاول الى المختلف والشرايع وجماعة - ونسب في المسالك الثاني الى الاكثر - والثالث محكى عن المبسوط (ثم ان) الظاهر من استدلالاتهم ارادتهم من الجزئية او الشرطية الجزئية أو الشرطية للوصية - و عليه ففي المقام قول آخر اختاره بعض محشى العروة وهو عدم اعتباره في تحقق الوصية بل هي من الايقاعات ولكنه جزء السبب للملكية .

والحق عدم اعتبار القبول مطلقا - وذلك لوجوه (الاول) صدق الوصية على انشاء الموصى فمقتضى اطلاق ادلة نفوذ الوصية نفوذها وصحتها و ترتب الاثر عليها ولو لم يقبل (ودعوى) انها مسوقة لبيان حكم الوصية بعد احراز ما يعتبر فيها من شرائط الموصى والموصى له والموصى به (يردها) ان آية (١) المشروعية مطلقة سيما بواسطة ما في ذيلها من قوله «فمن خاف من موص جنفا» الظاهر في استثناء ذلك من حرمة التبديل ونفوذ الوصية اذ الاستثناء دليل العموم (الثاني) انه لاخلاف بينهم في صحة القبول بعد الموت اى موت الموصى ولو كان القبول دخيلا فيها ولم تكن الوصية من الايقاعات لما صح ذلك فانه لايعقل صدق العقد على ربط التزام بالتزام معدوم بموت صاحبه (الثالث) النصوص الاتية الدالة على وجوب العمل بالوصية على الموصى اليه اذا لم يرد او اذا رد ولكن لم

١- البقرة آية ١٨٠

يبلغ الموصى الرد- فان ذلك ينافي اعتبار القبول .

وقد استدل على اعتبار القبول فيها مطلقا - او في خصوص التمليكية منها جزءاً أو شرطا - أو في تحقق الملكية - بوجوه .

الاول ماهو المشهور بينهم بل عن غير واحد دعوى الاجماع عليه من كون الوصية التمليكية من العقود واعتباره في العقد من الواضحات - ولازم ذلك كونه جزء (وفيه) ان ذلك ينافي مالاخلاف فيه بينهم من انه يصح القبول بعد الموت - بل في صحة القبول قبل الموت قولان ومن المعلوم ان الموت قبل القبول مانع عن تحقق العقد الذي حقيقته ربط احد الالتزامين بالاخر - وايضا ينافيه - ماذكروه من اعتبار التوالي بين الايجاب والقبول مستندا الى عدم صدق العقد مع الفصل الطويل .

الثاني ان نفوذ الوصية التمليكية خصوصا للاشخاص ينافي قاعدة السلطنة على النفس وقرب بعضهم هذا الوجه بان ادلة الوصية غايتها الدلالة على نفوذ عهد الانسان عند موته فيما كان قبله تحت سلطانه وان سلطنته عليه باقية اذا عهد فيه بامر واما كونه سلطانا عند موته على مالم يكن سلطانا عليه قبل ذلك كما هو قضية الملك القهري فلاتدل عليه (وفيه) ان ادلة نفوذ الوصية ليست مفادها ماذكر بل مفادها نفوذ الوصية بقول مطلق - واما قاعدة السلطنة - فيدفعها - اولا - انه مع وجود الدليل لامانع من الالتزام به وكم له نظير فان حصول الملك القهري كثير - اليس الانسان يملك في ذمة من اتلف ماله عوض ماله - وكذا من جنى عليه بما يوجب الدية - اليس الارث من الملك القهري - وكذا الوقف وهكذا فلامانع من كون المقام كذلك - وقد التزم الاصحاب في الوصي بانه لومات الموصى قبل الرد ليس له ان يرد - واجابوا عن محذور اثبات الحق على الوصي قهرا - بانه لامحذور فيه مع دلالة الدليل عليه فليكن المقام كذلك - وثانيا ان الجمع بين قاعدة السلطنة وادلة نفوذ الوصية على فرض عدم تمامية ماذكرناه انما يكون بجعل الرد مانعا ولايوجب كون القبول جزءاً أو شرطا - وبما ذكرناه يظهر اندفاع

ماقيل ـ من ان ذلك عديم النظير .

الثالث مايظهر من الشيخ الاعظم ره ـ وهو اصالة عدم انتقال المال مع عدم القبول ـ ويرده انه لامجال للرجوع الى الاصل مع الدليل وقد مر وجوده (فتحصل) ان الاظهر كون الوصية من الايقاعات مطلقا وان القول بدخل القبول فيها ضعيف ـ والاجماع المدعى عليه في الجملة بعد معلومية مدرك المجمعين كما ترى ـ واضعف من ذلك القول بكونها من الايقاعات ومع ذلك يعتبر القبول فى تحقق الملكية لقاعدة السلطنة أولان ادلة نفوذ الوصية انما تدل على نفوذها على نحو ما كان له فى حال الحياة ـ اذ لانتعقل نفوذ الوصية وصحتها ومع ذلك لايترتب عليها اثرها وهو الملكية ولو اقتضى ماذكر فى وجهه شيئاً لاقتضى عدم صحتها بدون القبول ولولا الاجماع وتسالم الكل لقلنا بعدم مانعية الرد عنها ـ ولكن قال المحدث البحرانى ظاهرهم الاتفاق عليها ـ وتكرر في كلمات الشيخ الاعظم دعوى الاجماع عليها ـ وفى الجواهر الاجماع بقسميه عليها ـ وكفى بذلك حجة لها (ولايخفى) ان ذلك بالنسبة الى الموصى له واما الموصى اليه اى الوصى فسياتى الكلام فيه .

ثم ان المتيقن من دليل الرد المانع مانعية الرد بعد الموت قبل القبول ـ ففى غير ذلك يبنى على عدم المانعية ـ توضيح ذلك انه ـ تارة يكون الرد بعد الموت وقبل القبول ـ واخرى يكون بعد الموت والقبول والقبض ـ وثالثة يكون بعد الموت وبعد القبول لكن قبل القبض ـ ورابعة يكون فى حال الحياة ـ اما الصورة الاولى فالظاهر من كلماتهم كون مانعية الرد فيها من المسلمات ـ واما فى الثانية فالظاهر عدم الخلاف فى عدم مانعيته ـ واما فى الثالثة فعن الشيخ وابن سعيد مانعيته وان الرد قبل القبض يؤثر فى البطلان (واستدلاله) باشتراط القبض فى صحتها ـ لاشتراكها مع الوقف والهبة فى العلة المقتضية وهى العطية المتبرع بها مع اولوية الحكم فى الوصية من حيث انها معلقة فيها بخلاف العطية فى الهبة والوقف فانها فيهما منجزة (وفيه) ان الاظهر عدم اشتراط القبض فيها كما هو المشهور ـ وماذكر فى وجه اعتباره استحسان محض لايستند

اليه في الحكم الشرعي (فان قيل) إن الوصية من العقود الجائزة عندهم كما ادعى الاجماع عليه في الجواهر فكيف لا يؤثر الرد في بطلانها (قلنا) اولا ينتقض بالرد بعد القبول وثانيا ان جوازها بعد تماميتها عقدا كانت اوايقاعا خلاف اطلاق الادلة لاوجه للالتزام به - فالاظهر عدم تاثير الرد في هذه الصورة ايضا - واما في الرابعة - اى ما لو كان الرد في حال حياة الموصي - فالظاهر عدم بطلانها اذا كان الموصي باقيا على ايجابه منتظر الان يبدو له فيقبله (ودعوى) الاجماع على بطلان الايجاب في جميع الموارد بالرد ولذا قالوا في ساير العقود انه لورد بعد الايجاب ليس له القبول بعده - ولورد العقد الفضولي ليس له ان يجيزه وهكذا (مندفعة) بان الاجماع المشار اليه على فرض وجوده ليس تعبديا وانما يكون مدرك المجمعين عدم صدق العقد على الايجاب و القبول المتخلل بينهما الرد وان الرد يوجب حل الالتزام الايجابي ويجعله كان لم يكن اوغير ذلك من الوجوه الفاسدة كما حقق في محله - وعليه فلا مانع من البناء على الصحة لو قبل بعد الرد .

هذا كله في الرد - و اما القبول على القول باعتباره فان كان بعد الموت صح اجماعا - وان قبل قبل وفاته فعن جماعة منهم المصنف ره في محكي القواعد عدم صحته - واختاره المحقق الثاني ره (وعلله) بان الوصية تمليك بعد الوفاة فالقبول قبله كالقبول قبل الوصية - وان القبول اما كاشف او جزء السبب و على كل تقدير يمتنع اعتباره قبل الموت اذ الكاشف عن الشيء لابد وان يتاخر عنه ويمتنع الملك قبل وفاة الموصي - وان جعل جزء سبب لزم منه حصول الملك من حينه وهو هنا ممتنع (ولكن) يتوجه على الاول - ان القبول بعد الايجاب ليس كالقبول قبله - وايضا ان القبول ليس الا الرضا بالايجاب فاذا صح الايجاب كيف يعقل عدم صحة القبول - و يتوجه على الثاني انه يلتزم بكونه جزء السبب ولكنه لايستلزم حصول الملك من حينه لعدم كونه تمام السبب فالاظهر ان له القبول في حال حياته - ومما ذكرناه في الرد ظهر صحة القبول بعد الرد كان الرد في حال حياة الموصي اوبعد وفاته الا ان يكون في حال الحياة والموصي يرفع اليد عن وصيته - فتدبر .

ايقاع الوصية بالفعل الدال عليها والكتابة

(و) الثانية الاظهر انه يكفى فى تحقق الوصية كل مادل عليها من الالفاظ لاطلاق الادلة ـ بل (يكفى) كل فعل دال عليها ـ حتى (**الاشارة والكتابة مع قرينة الارادة**) ولوفى حال الاختيار .

اما الانشاء بالفعل غير الكتابة فلمامر فى ابواب العقود المتقدمة من ان جريان المعاطاة و المراد بها الانشاء بالفعل مما يقتضيه القاعدة اى اطلاق ادلة المعاملات بالمعنى الاعم ـ فان قيل ان الوصية اتفقوا على انها من العقود والعقد لايتحقق بالفعل ـ قلنا ـ انها ليست من العقود كمامر ـ مع ان العقد ليس من مقولة اللفظ بل هو من مقولة المعنى و حقيقته ربط احد الالتزامين بالاخر و اللفظ كالفعل مبرز له لا انه مصداق له .

واما الانشاء بالاشارة فالامر فيه اوضح من الانشاء بساير الا فعال ـ و لاينبغى التوقف فى صحة انشاء الوصية بها لمانرى بالوجدان ان العقلاء فى مقام تفهيم مراداتهم من الامر والنهى وغيرهما يبرزونها بالاشارة ـ و ليس الانشاء الاابراز الامر النفسانى بداعى تنفيذ العقلاء والشارع ذلك الامر ـ وليست هى كالاعطاء ذا رجوه كى يقال انها قاصرة عن افادة المطلوب و عليه فمقتضى العمومات قيامها مقام اللفظ وصحة الوصية بالاشارة حتى على القول بعدم صحة الانشاء بالفعل (و) لافرق فى ذلك بين (**التعذر لفظا** والتمكن منه ـ فمافى المتن وعن غيره من التقييد بالتعذر بل وبعدم القدرة على التوكيل لاوجه له ـ وماعن جامع المقاصد من انه مع امكان النطق لاتكفى الاشارة لانتفاء دليل الصحة كماترى فانه يتم لو كان دليل الاكتفاء بها الاجماع واما حيث عرفت انه العمومات والاطلاقات فلايتم .

واما الكتابة اذا علم كونها بعنوان الوصية ـ فيدل على الاكتفاء بها العمومات على مامر (ودعوى) ان الكتابة ليست مصداقا فى العرف والعادة لعنوان عقد او ايقاع

فليست آلة لايجاد عنوان بها كما عن المحقق النائيني ره (مندفعة) بان عناوين العقود والايقاعات اسام للامور الاعتبارية النفسانية واللفظ وكذا مايقوم مقامه مبرز لذلك وعليه فكما يصح الاخبار بالكتابة كك يصح الانشاء بها لعدم الفرق بينهما من هذه الجهة كما حقق في محله - ولافرق في ذلك بين العاجز عن التكلم كالاخرس وغيره.

ثم ان في المقام خبرا استدل به تارة للقول بالصحة - و اخرى للقول بالبطلان و ثالثة - للتفصيل بين ما اذا عمل الورثة ببعض المكتوب فيلزمون بالعمل به - وبين ما اذا لم يعملوا ببعضه فلا يلزمون به نسب الى الشيخ في النهاية - ورابعة للتفصيل بين الولد وغيره من الورثة - وهو خبر (١) ابراهيم بن محمد الهمداني قال كتبت الى ابي الحسن عليه السلام رجل كتب كتابا بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي ولم يقل انى قد اوصيت الا انه كتب كتابا فيه ما اراد ان يوصي به هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يامرهم بذلك فكتب عليه السلام ان كان له ولد ينفذون كل شيء يجدون في كتاب ابيهم في وجه البر وغيره - وعن التذكرة روايته هكذا ان كان له ولد ينفذون شيئا منه وجب عليهم ان ينفذوا كل شيء - واستدل به للصحة - بانه يدل على الصحة بالنسبة الى الولد - فبعدم القول بالفصل تثبت في غيره - و للبطلان بانه يدل على ان التنفيذ كك من خواص الولد نظير قضاء الصلاة و الصوم فتدل على عدم حجية الكتابة المجردة عن القول فيقيد به العمومات - وللتفصيل الاول بظهور النقل الثاني فيه - وللثاني منه بان منطوقه يدل على صحة الوصية بها للولد و مفهومه يدل على عدم الصحة بالنسبة الى غيره من الورثة - وربما يناقش فيه من حيث السند.

اقول اما سنده فالظاهر اعتباره فان الصدوق يرويه عن احمد بن زياد بن جعفر الهمداني عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن ابراهيم بن محمد الهمداني - و احمد بن زياد ثقة - وعلي بن ابراهيم من الاجلاء - وابوه مقبول الحديث بل من الثقات - وكذا ابراهيم (واما دلالته) فالذي يظهر لي منه انه يدل على ان الكتابة المجردة من دون ان يكون

---

١ - الوسائل - باب ٤٨ من ابواب الوصايا حديث ٢

هناك قرينة تشهد بكونها بعنوان الوصية وبداعى انشائها لاتكون حجة على الوصية اذ من الجائز انه انما كتب ذلك لينظر فيه ثم يوصي بعد ذلك وهذا لاربط له بما هو محل الكلام بل هو الذى قاله المصنف ره بقوله (**و لايجب العمل بمايوجد بخطه**) نعم اذا عمل الولد ببعض الوصية كان ذلك اعترافا منه بالعلم بانه اوصى بذلك فيؤخذ باعترافه - وعليه فيمكن القول بدلالته على صحة الانشاء بها اذ لو لم تصح لما كان وجه لاخذ الولد باعترافه - ولايحتمل الاختصاص بالولد - فتدبر حتى لاتبادر بالاشكال .

اذا اوصى بامرين وقبل الموصى له احدهما

الثالثة - المعروف بين الاصحاب انه لو اوصى له بشيئين بايجاب واحد فقبل الموصى له احدهما ورد الاخر صح فيما قبل و بطل فيما رد و كذا لو اوصى له بشيء فقبل بعضه مشاعا او مفروزا ورد بعضه الاخر - واستدل له جماعة منهم الشيخ الاعظم ره بانحلال العقد على الجملة الى عقود متعددة كانحلال العقد المشروط الى ذلك و لذلك صح تبعض الصفقة كما صح العقد مع فوات وصف الصحة وغيره من الشروط فى ضمن العقد - واورد عليه بانه يعتبر المطابقة بين الايجاب و القبول و هى مفقودة فى المقام - و اجاب عنه صاحب الجواهر ره تارة بان الوصية ليست من العقود المعتبر فيها المطابقة لتحقق اسم العقد الذى هو الايجاب و قبول ذلك بالايجاب بها - واخرى بانه فى الوصية لم يصدر من الموجب غير تعلق قصد الايصاء بكل منهما من غير مدخلية لاجتماعهما و انفرادهما - ولعله الى هذا يرجع ما افاده المحقق الثانى ره من ان الوصية لما كانت تبرعا محضا لم ترتبط اجزائها بعضها ببعض فكما يصح قبولها جميعا يصح قبول بعضها .

اقول اما على المختار من ان الوصية من الايقاعات فالامر ظاهر فان الوصية قد تمت بالايجاب غاية الامر ان للموصى له رد الوصية فكما ان له رد الكل له رد البعض -

وكذلك على القول بان القبول من قبيل الشرط لاجزء للعقد (ودعوى) انه لااطلاق يشمل الوصية بالبعض لان كل جزء وان كان موضوعا للوصية لكنه فى حال الاجتماع ولا يشمل حال الانفراد فلاموضوع لدليل الصحة و النفوذ (فيها) اولاالنقض بما اذا اوصى بما يزيد على الثلث فلم يقبل الورثة فانه لااشكال فى صحة الوصية بالنسبة الى الثلث فيستكشف من ذلك شمول دليل الوصية للوصية بالبعض - و ثانيا بالحل بان الوصية بشيئين وصية بكل منهما لان الوصية توزع عليهما فلكل منهما نصف الوصية فان الوصية من قبيل الوجود فكما انه لو اوجد شيئين فى الخارج او الذهن يصح ان يقال انه اوجد كلا منهما ككذ فى الوجودات الاعتبارية فكل من الشيئين تعلق به الوصية فيشملها اطلاقات ادلة الصحة - و اما على القول بان القبول جزء للعقد فبعد انحلال العقد الى عقدين يكون قبول احدهما مطابقا لايجابه و لم يدل دليل على اعتبار المطابقة بين القبول و مجموع ما انشأ بايجاب واحد - ولذلك بنينا على صحة البيع مع تبعض الصفقة ولافرق فى جميع ماذكرناه بين مالو علم من حال الموصى ارادته تمليك المجموع من حيث المجموع وبين مالو علم من حاله عدم قصده له فى الاجتماع اذ المدار فى الانشائيات على الانشاء لا ما فى نفس المنشأ فما لم يشترط فى الانشاء جاز فيه التبعض وان كان غرضه الاجتماع .

الرابعة (وانما تصح) الوصية (فى السائغ) ولاتصح فى المعصية كمساعدة الظالم فى ظلمه - بلاخلاف اجده فيه ويشهد به الاية الكريمة (١) «فمن خاف من موص جنفا اواثما» وفى خبر (٢) محمد بن سوقة عن الباقر عليه السلام عن قول الله تعالى فمن بدله بعدما سمعه الاية فقال عليه السلام نسختها التى بعدها فمن خاف من موص جنفا او اثما قال يعنى الموصى اليه ان خاف جنفا من الموصى اليه فى ثلثه فيما اوصى به اليه مما لا يرضى الله عز ذكره

١ - البقرة آية ١٨١ .

٢- الوسائل باب ٣٨ من ابواب الوصايا حديث ١-

من خلاف الحق فلاائم عليه اى على الموصى اليه ان يرده الى الحق والى مايرضى الله عزوجل فيه من سبيل الخير - وفى المرسل (١) المضمر ان الله تعالي اطلق للموصى اليه ان يغير الوصية اذا لم تكن بالمعروف وكان فيها حيف ويردها الى المعروف لقوله عزوجل فمن خاف من موص جنفا اواثما الاية - والمراد من التبديل فى الخبرين مالاينافى البطلان لان المراد تبديل الوصية بصرف المال فى المحرم الى صرفه فيما هو حلال اذ تبديل الوصية بمازاد على الثلث الى الثلث معناه البطلان فيمازاد عليه كماهو واضح ويمكن ان يستدل لبطلانها بانصراف ادلة الوصية عنها فهى باقية تحت اصالة المنع و بعدم امكان تنفيذها - فهى كالوصية بغير المقدور اذ الممتنع شرعاً كالممتنع عقلا (فلو اوصى المسلم ببناء كنيسة لم تصح) .

جواز رجوع الموصى فى الوصية

الخامسة (وله) اى للموصى ان يرجع (فيها) اى فى الوصية متى شاء فى مرض أو صحة بلاخلاف اجده فيه وبه صرح غير واحد ويشهد به نصوص كثيرة. كموثق(٢) بريد العجلى عن ابى عبدالله(ع) لصاحب الوصية ان يرجع فيها ويحدث فى وصيته مادام حيا-و صحيح(٣) ابن مسكان عنه ﷺ قضى امير المؤمنين (ع) ان المدبر من الثلث وان للرجل ان ينقض وصيته فيزيد فيها و ينقص منها مالم يمت-وصحيح(٤) محمد بن مسلم عنه(ع) للرجل ان يرجع فى ثلثه ان كان اوصى فى صحة أو مرض-وخبر(٥) عبيد بن زرارة عنه (ع) للموصى ان يرجع فى وصيته ان كان فى صحة أو مرض -ونحوها غيرها (ثم انه) لااشكال فيما لو رجع قولا اوفعلا مع قصد الرجوع به - وكذا لااشكال فيما اذا كان الفعل موجبا لعدم

١- الوسائل باب ٣٨ من ابواب الوصايا حديث ٢

٢- ٣- ٥- الوسائل-باب ١٨ من ابواب كتاب الوصايا-حديث -٤-١-٣

٤- الوسائل- باب ١٩- من ابواب كتاب الوصايا-حديث ١

امكان بقاء الوصية كما لو باع ما اوصى به او وهبه او ماشاكل مما يوجب خروج المال عن ملكه فينتفي بذلك موضوع الوصية.

انما الاشكال فيما لو تصرف في الموصى به تصرفا اخرجه عن مسماه - من دون ان يقصد به الرجوع - كما لو اوصى بطعام فطحنه او بدقيق فعجنه او خبزه - فعن غير واحد تحقق الرجوع به نظرا الى ان الموصى به هو المسمى باسم خاص فمع التغيير ينعدم موضوع الوصية وهو مقتض لبطلانها - والى ان الوصية على مايفهم منها تقتضي عدم التصرف المنافي وبقاء العين على حالها كما يقال ذلك في النذر المعلق كما لو نذر ان يعطي داره لزيد ان رزق ولداً فكانه نذر ان يبقي الدار الى ان تعطى زيدا - وعليه فكما ان التصرف المنافي ح كاشف عن رفع اليد عن الوصية كذلك التصرف المغير للعين كاشف نوعي عن رفع اليد عن الوصية - ولازم الوجه الاول البطلان حتى مع العلم بعدم قصد الرجوع - والثاني البطلان مع عدم احراز عدم قصد الرجوع .

وبه يظهر ان ما افاده الشهيد الثاني من عدم بطلان الوصية لو فعل المغير للاسم لمصلحة العين لدفع الدود عنها ونحوه - انما يتم لو كان منشأ البطلان الوجه الثاني دون الاول فتفريعه ذلك على الوجه الاول غير تام .

وعلى ماذكرناه لو علق الموصى وصيته باسم الاشارة و نحوه مما لم يذكر فيه الاسم ثم تصرف في الموصى به تصرفا مغيرا - فحيث ان الوجه الاول لايجري هنا وينحصر الوجه في الثاني - فلو علم من قصده عدم الرجوع لاتبطل الوصية بذلك - والى هذا نظر المصنف ره في محكي التذكرة - لا ماتوهمه المحقق و الشهيد الثانيان - من انه يفصل بين الوصية بالمعين والوصية بالمطلق وانه تصح الوصية بالمعين وان تغير الاسم بخلاف الوصية بالثاني فان الوصية تبطل بمجرد تغير ماعنده من افراده لو كان - فان هذا شيء لايمكن ان يتفوه به متفقه فضلا عمن هو في الصف الاول من الفقهاء المحققين فانه في الوصية بالمطلق اي الكلي لاتبطل حتى مع التصرف المتلف للافراد لعدم كون التصرف واردا على ماهو متعلق الوصية - و هذا من الوضوح بمكان .

ولو مات الموصى - فهل لورثته الرجوع مالم يقبل الموصى له ام لا - الظاهر انه ليس لهم ذلك اما على المختار من كون الوصية من الايقاعات فواضح - واما على القول باعتبار القبول فيها - فلان رفع اليد عن الوصية انما يجوز للموصى ولم يدل دليل على جواز ذلك لورثته - فان قيل - ان حق الرجوع من ماتركه الموصى فهو لوارثه - قلنا انه لم يثبت كون ذلك من الحقوق بل لعله من قبيل الحكم فلا يورث - مع ان المتيقن الثابت هو رجوع الموصى فلا يكون ذلك مما تركه الميت بل ينتفى بالموت لانتفاء موضوعه نعم يمكن البناء على جواز تصرفهم فيه ظاهرا مالم ينكشف تعقب القبول نظرا الى استصحاب عدم القبول بناءاً على جريانه فى الامور الاستقبالية - ولا يجوز ذلك على مااخترناه لان استصحاب عدم الرد على المختار يقتضى عدم جواز التصرف وكون المال للموصى له فتدبر .

من شرائط الموصى البلوغ

المطلب الثانى فى شرائط الموصى - وذكروا له شروطا (و) قد جمعها المصنف ره فى قوله (**يشترط صحة تصرف الموصى**) وتفصيل ذلك انه يعتبر فيه امور - الاول البلوغ فلا تصح وصية غير البالغ بلا خلاف وعليه الاجماع فى الجملة - ولعله من القطعيات كما صرح به بعضهم - لما دل على رفع القلم عنه وعدم جواز امره وعدم صحة تصرفاته من الكتاب (١) والسنة (٢)

انما الكلام فى وصية البالغ عشرا - فالمشهور - انه تصح وصيته اذا كان عاقلا فى وجوه المعروف - وعن الحلى والمصنف فى المختلف والمحقق الثانى فى جامع المقاصد والشهيد الثانى فى المسالك عدم الصحة - واستدل للاول بجملة من النصوص

---

١ - النساء آية ٦

٢ - الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات حديث ١١ - و باب ٣٦ من ابواب القصاص فى النفس حديث ٢ - وباب ١٤ من ابواب عقد البيع وشروطه وباب ٢ من ابواب الحجر

كصحيح (١) زرارة عن ابی جعفر عليه السلام اذا اتی علی الغلام عشر سنين فانه يجوز له فی ماله ما اعتق او تصدق او اوصی علی حد معروف وحق فهو جائز. ومصحح (٢) البصری عن ابی عبدالله (ع) اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته. وموثق (٣) منصور عنه (ع) عن وصية الغلام هل تجوز قال (ع) اذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته. ومثله موثق (٤) البصری عنه - وموثق (٥) ابی بصير وابی ايوب عنه عليه السلام فی الغلام ابن عشر سنين يوصی قال (ع) اذا اصاب موضع الوصية جازت - وصحيح (٦) محمد بن مسلم عنه (ع) ان الغلام اذا حضره الموت فاوصی ولم يدرك جازت وصيته لذوی الأرحام ولم تجز للغرباء - وصحيح (٧) ابی بصير عنه (ع) اذا بلغ الغلام عشر سنين واوصی بثلث ماله فی حق جازت وصيته - وموثق (٨) جميل عن احدهما (ع) يجوز طلاق الغلام اذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وان لم يحتلم - ومثله موثق (٩) محمد بن مسلم عن احدهما (ع) والكلام فيما يستفاد من هذه النصوص فی جهات .

منها انه اشتمل بعض هذه النصوص علی العقل - وبعضها علی العشر سنين - ومقتضی الجمع بين قضيتين شرطيتين متضمنتين لشرطين مع وحدة الجزاء البناء علی سببية كل من الشرطين - وبعبارة اخری تقييد اطلاق كل من الشرطين المقابل لعطف باو لا تقييد اطلاقه المقابل للعطف بواو كما حقق فی محله فی الاصول - ولكن لما كان العقل معتبرا اجماعا لزم تقييد اطلاق ما تضمن العشر المقابل للعطف بواو - ويلزمه تقييد ذلك فی الشرطية الأخری لئلا يكون شرط العشر بلا فائدة فتكون النتيجة اعتبار الأمرين معا ای العقل و بلوغ العشر سنين .

ومنها انه فی بعض الأخبار ذكر الحد المعروف والحق وفی آخر اصابة موضع

١- ٢- ٣- ٤- ٥- ٦- ٧- الوسائل - باب ٤٤ - من ابواب كتاب الوصايا - حديث ٢-٣-٧-٥-٦ - ١-٢

٨- الوسائل باب ١٥ - من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٢

٩- التهذيب - باب وصية الصبی والمحجور عليهم - حديث ٨

الوصية والظاهر من الجميع ارادة ان تكون الوصية عقلائية واقعة في محلها فيعتبر كون الوصية في وجوه المعروف .

ومنها ان صحيح محمد بن مسلم متضمن لاختصاص جواز وصيته بما كانت الارحام وانه لايجوز الوصية للغرباء ـ كما ان صحيح ابي بصير مذيل بقوله واذا كان ابن سبع سنين فاوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته ـ ولكن لعدم عمل الاصحاب بهما يسقطان عن الحجية ـ فالمتحصل مماذكرناه بعد رد بعض النصوص الى بعض والغاء ما اعرض عنه المشهور كون المتجه ما افاده المشهور ـ وقد ظهر مما قدمناه ان الايراد عليها بانها مختلفة بحيث لايمكن الجمع العرفي بينها فاثبات الحكم المخالف للاصل بها مشكل كما افاده الشهيد الثاني ـ غير تام ـ مع انه لو تم عدم امكان الجمع بينها تعين الرجوع الى اخبار الترجيح والتخيير لاطرح النصوص . كما انه لايبقى مع ماقدمناه مورد لماعن المختلف قال وهذه الروايات وان كانت متظافرة والاقوال مشهورة لكن الاحوط عدم انفاذ وصيته مطلقا حتى يبلغ لعدم مناط التصرف في المال عنه .

ثم ان في المقام رواية اخرى وهي رواية (١) الحسن بن راشد عن العسكري (ع) اذا بلغ الغلام ثماني سنين فجائز امره في ماله وقد وجب عليه الفرائض والحدود واذاتم للجارية سبع سنين فكك ـ ولكنها كما افاده المحقق شاذة ـ ومخالفة لاجماع المسلمين لانها تدل على حصول البلوغ بذلك فيتعين طرحها وان عمل بها ابن الجنيد في المقام .

الثاني العقل ـ فلاتصح وصية المجنون ـ للاجماع ولحديث رفع القلم المتقدم آنفا ـ وعدم قصده ـ نعم تصح وصية الادواري منه اذا كانت في دور افاقته لانه ح عاقل فلامانع واطلاق الادلة يشملها ـ ولو اوصى ثم جن لم تبطل لعدم الموجب له حتى على القول بانها من العقود الجائزة والقول ببطلان العقد الجائز بالجنون ـ فان ذلك فيما يبطل بالموت لافي مثل الوصية التي لاتبطل به قطعا بل هو ملزم لها ـ فالاجماع

١ ـ الوسائل ـ باب ١٥ من ابواب كتاب الوقوف و الصدقات حديث ٤

على بطلان العقد الجائز بالجنون لايشمل المقام .

الثالث الاختيار فلايصح وصية المكره الا اذا اجاز بعد رفع الاكراه -اجماعا- لحديث (١) نفى الاكراه - بناء على المختار من كونه رافعا لجميع الاحكام التكليفية والوضعية- ويعضده انه قد استشهد به الامام (ع) فى بعض (٢) الاخبار لنفى الصحة.

الرابع الرشد -فلاتصح وصية السفيه اعتبره جماعة منهم ابن حمزة والمصنف-ره فى محكى التحرير وظاهر القواعد والمحقق الثانى فى جامع المقاصد - ولكن المشهور على مااعترف به غير واحد عدم اعتباره وانه تصح وصيته فى البر والمعروف أو مطلقا بل عن ظاهر الغنية الاجماع على ذلك -واستدل فى الجواهر للاعتبار وفاقا لجامع المقاصد - بعموم ادلة الحجر عليه وقال دعوى اختصاصها فى حال الحياة واضحة المنع - ولكن يتوجه عليه انه لم يدل دليل على منع السفيه عن كل تصرف وانما دل على المنع عن تصرفه فى ماله وظاهره كونه فى مقام الامتنان عليه لئلا يذهب ماله هدرا فلا يشمل التصرف فيه فى المقام الذى يوجب المنع حرمانه عن الانتفاع بماله اللهم الا ان يقال انه يلزم من ذلك صحة تصرفاته فى ماله فى حال حياته اذا كان بنفعه ولم يلتزموا به فالجمود على اطلاق ادلة المنع يقتضى ذلك فى الوصية المتعلقة بماله و اما فى غيرها فلامانع عن نفوذها واطلاق ادلة الصحة يقتضى البناء عليها .

واما المفلس فالاظهر جواز وصيته لعدم معارضتها لحق الغرماء لتقدم الدين عليها

الخامس الحرية .

السادس ان لايكون قاتل نفسه و سياتى الكلام فيه عند تعرض المصنف ره لهذه المسألة .

الوصية بالولاية على الاطفال

مسألة - لاخلاف فى انه يصح لكل من الاب و الجد الوصية بالولاية على

١-٢- الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كتاب الايمان حديث ١٢

الاطفال مع فقد الآخر - وفي الجواهر ان عليه الاجماع بقسميه - والمستند جملة من الاخبار - كموثق (١) محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام عن رجل اوصى الى رجل بولده وبمال لهم واذن له عند الوصية ان يعمل بالمال وان يكون الربح بينه وبينهم فقال عليه السلام لا باس به من اجل ان اباه قد اذن له في ذلك وهو حي - وخبر (٢) سعد بن اسماعيل عن ابيه عن الرضا عليه السلام عن وصي ايتام يدرك ايتامه فيعرض عليهم ان ياخذوا الذي لهم فيأتون عليه كيف يصنع قال عليه السلام يرد عليهم ويكرههم عليه ونحوهما غيرهما .

ثم ان المشهور انه لا تصح الوصية بالولاية من احدهما مع وجود الآخر بل الظاهر عدم الخلاف فيه - وهو المتجه - فان ادلة الوصية بالولاية لا اطلاق لها تشمل صورة وجود احد الوليين - واما ادلة ولاية الموصي كان هو الاب او الجد فدلالتها على ولايته على الصغير بالنسبة الى ما بعد موته حتى مع وجود الآخر غير ظاهرة والشك فيها كاف في البناء على العدم - وبهذا البيان يظهر انه لا تصح الوصية من الحاكم الشرعي او الوصي بالولاية عليهم اذ الحاكم وان كان له الولاية على الايتام لانها من شئون القضاة والحكام وقد جعل (٣) الحاكم قاضيا وحاكما ولازم ذلك ثبوت جميع ما للقضاة و الحكام له الا انه لم يثبت له ولاية نصب الولي بعده فالمرجع اصالة عدم ترتب الاثر . واما الوصي فولايته مجعولة من قبل الموصي و المجعول ولاية نفسه لا ان يكون له ولاية على نصب الغير .

و ربما يستدل على انه ليس للحاكم الوصية بالولاية بان الولاية على الصغير ثابتة للصنف لا للفرد فاذا انعدم فرد قام فرد آخر مما حل فيه طبيعة الصنف مقامه (وفيه) انه اذا فرضنا ان له الوصية بالولاية في نفسه هذا الوجه مردود فانه اذا ثبتت الولاية للصنف جاز لكل فرد منه القيام بها - و مع قيام واحد منهم بها ليس للآخرين مزاحمته وعليه فاذا عين احد الافراد

١- الوسائل باب ٩٢- من ابواب كتاب الوصايا حديث ١
٢- الوسائل باب ٤٧- من ابواب كتاب الوصايا حديث ١
٣- الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضي

شخصا للتصدى بعد وفاته فكانه تصدى للامر بنفسه فليس للاخرين مزاحمته فالعمدة ما ذكرناه .

ولاولاية فى ذلك للام على المشهور وفى الجواهر بلاخلاف معتدبه - للاصل بعدعدم الدليل - وعن ابن الجنيدان لها الولاية بعد الاب اذا كانت رشيدة - والاصحاب نقلوا عنه الفتوى دون الدليل ولم اظفر بما يمكن ان يستدل به له.

فى الموصى له

المطلب الثالث فى الموصى له - قالوا - و يشترط (وجود الموصى له) حال الوصية فلو اوصى لميت اولمن ظن وجوده فبان ميتا عند الوصية لم تصح - وكذا لو اوصى لما تحمله المرئة فى الزمان المستقبل - اولمن يوجد من اولاد فلان بلاخلاف اجده فى شىء من تلكم بل عن نهج الحق والتذكره الاجماع عليها كذا فى الجواهر (وعللوه) بان الوصية تمليك عين اومنفعة كما سلف من تعريفها والمعدوم غير قابل للتملك (ويرد) عليهم اولا ان ذلك لو تم لاقتضى وجود الموصى له حين موت الموصى لا حين الوصية فان ظرف التملك هو حين الموت واما قبله فالمال باق على ملك الموصى - وثانيا - انه لا يتم فيما اذا اوصى بشىء لمن سيوجد بنحو تعليق التملك على وجوده - ودعوى انه يلزم بقاء الملك من حين الموت الى زمان وجود الموصى له بلامالك - فيها - انه لامحذور فى ذلك وكم اموال بلا مالك فليكن هذا منها غاية الامر من جهة تعلق الوصية به لا يكون من قبيل المباحات الاصلية كى يكون لكل احد ان يتملكه - وثالثا - ان الملكية من الامور الاعتبارية ووجودها عين الاعتبار العقلائى - فكما ان المملوك قد يكون كليا - والمالك ايضا كذلك لامانع من الالتزام بمالكية الميت - واثر اعتبار الملكية له انتقاله منه الى ورثته.

وفى الجواهر استدل له بان اطلاقات الوصية فى الكتاب والسنة منصرفة الى

الوصية للموجود (ويتوجه) عليه انه لا وجه للانصراف سوى الغلبة وهى غير صالحة لان تكون منشأ للانصراف المقيد للاطلاق - فاذاً الدليل على ذلك سوى الاجماع وتسالم الاصحاب عليه - وعليه فلا بد من الاقتصار فيه على القدر المتيقن وهو المعدوم حين موت الموصى والوصية التمليكية واما الوصية العهدية التى ليس فى الوصية انشاء تمليك فيها - كما لو اوصى الميت فى اعطاء شىء او وقفه او نحو ذلك لمن يتولد من زيد - فلا اجد مانعا عن صحتها كما صرح به فى الجواهر - و اطلاق اشتراط الاصحاب الوجود فى الموصى له منزل بقرينة ما فى كلماتهم من التعليل على التمليكية.

ولا يعتبر فى الموصى له ان لا يكون وارثا فيجوز الوصية للوارث كما تجوز للاجنبى اجماعا حكاه جماعة - ويشهد به مضافا الى اطلاق ادلة الوصية من الكتاب والسنة الاية الكريمة (١) «كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقا على المتقين» والوالدان لا بد ان يكونا وارثين وان تخلف ذلك فى الاقربين على بعض الوجوه الا ان يكون الابوان ممنوعين من الارث بكفر ونحوه واللفظ اعم منه فيشمل موضع النزاع - وجملة من النصوص - كصحيح (٢) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام الوصية للوارث لا باس بها - و موثقه (٣) الاخر عنه عليه السلام عن الوصية للوارث فقال (ع) تجوز قال ثم تلا هذه الاية ان ترك خيراً - الاية - وصحيح (٤) ابى ولاد الحناط عن الصادق (ع) عن الميت يوصى للوارث بشىء قال نعم او قال جائز له - ونحوها غيرها واما خبر (٥) ابى بصير عن احدهما (ع) فى الاية الشريفة كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين قال (ع) هى منسوخة نسختها آية الفرائض التى هى المواريث - فمحمول بقرينة موثق محمد بن مسلم الذى استدل الامام (ع) فيه بهذه الاية على جواز الوصية للوارث - على نسخ الوجوب بل يمكن ان يقال انه لا يستفاد منه ازيد من

---

١ - البقرة آية ١٨٠

٢ - ٣ - ٤ - ٥ - الوسائل - باب ١٥ - من ابواب كتاب الوصايا حديث ٤ - ٢ - ١ -

ذلك من جهة ان ظاهر الاية هو الوجوب وقد نسخ ذلك بآية المواريث فلا ينافي الجواز بل الاستحباب - ثم ان الاصحاب حملوا الخبر - تارة - على التقية - و اخرى - على ارادة الكافرين من الوالدين وغير الوارث من الاقارب - وثالثة - على ارادة انها منسوخة فيما يتعلق بالوالدين خاصة - واما خبر (١) القاسم بن سليمان عن ابي عبدالله (ع) عن رجل اعترف لوارث بدين في مرضه فقال (ع) لاتجوز وصيته لوارث و لا اعتراف له بدين - فهو لا يصلح لمعارضته النصوص المتقدمة فيطرح اويحمل على التقية - او على مازاد عن الثلث .

في اعتبار التكليف في الوصي

المطلب الرابع في الوصي (و) يشترط فيه امور - الاول (التكليف) بالبلوغ والعقل فلاتصح الوصية الى صبي بحيث يتصرف حال صباه مطلقا ولو كان الى البالغ منضما ولاالى مجنون كك - بلاخلاف في شيء من تلكم في الجملة بل عليها الاجماع وتفصيل القول بالبحث في موارد :

١- لايصح الوصية الى صبي بان يتصرف حال صباه واستدل له بقصوره بالصبا السالب لاقواله وافعاله عن منصب الوكالة فضلا عن الوصاية التي هي اعظم منها باعتبار كونها ولاية بخلافها (وفيه) اولاما تقدم من ان الصبي ليس مسلوب القول والفعل وانما هو ممنوع عن التصرف مستقلا - وعليه فاذا اوصى اليه بان يتصرف باذن وليه لاارى في ذلك محذورا - وثانيا - ان الوصية بان يتصرف معامليا مستقلا اوبالولاية على اولاده وان كانت لاتصح - اما الاول فلكونه ممنوعا عنه - واما الثاني فلانه لاولاية له على نفسه فكيف يمكن ان يكون له الولاية على الغير واما في غير ذينك من التصرفات والامور التي يوصى بها - فما الموجب لعدم صحة جعله وصيا فيها - فلو اوصى بان يصلي عليه بناء على شرعية عباداته - اويتصدى لتجهيزه - اويكون هو

١- الوسائل - باب ١٥ - من ابواب كتاب الوصايا حديث - ١٢

المجرى للصيغة فى المعاملات الواقعة على ثلث ماله مثلا - أوصرف الثلث فى مصارفه و ماشاكل - لايوجب الوجه المزبور عدم صحتها (وربما) يستدل لـه بان الوصاية نوع ولاية لايصلح الصبـى لتصديها والتلبس بها (وفيه) انالانعبر عنها بالولاية حتى ياتى هذا المحذور ومجرد ان له ان يتصرف كالوكيل لايكون ولاية التى هى اعتبار عقلائى خاص منشألاثار - فالحق انه لادليل على المنع عنه مطلقا سوى الاجماع.

٢- المشهور انه يصح الوصية الى الصبى منضما الى بالغ وانه لايتصرف الصغير قبل البلوغ فاذا بلغ صار شريكا وللبالغ الاستقلال فى التصرف مادام صغيرا - والاصل فى هذه الاحكام خبر(١) على بن يقطين عن ابى الحسن(ع) عن رجل اوصى الى امرئة واشرك فى الوصية معها صبيا فقال(ع) يجوز ذلك وتمضى المرئة الوصية ولاتنتظر بلوغ الصبى واذا بلغ الصبى فليس له ان لايرضى الاماكان من تبديل اوتغيير فان له ان يرده الى مااوصى به الميت - وصحيح (٢) الصفار كتبت الى ابى محمد(ع) رجل اوصى الى ولده وفيهم كبار قدادركوا وفيهم صغاراً يجوز للكبار ان ينفذوا وصيته ويقضوا دينه لمن صح على الميت بشهود عدول قبل ان يدرك الاوصياء الصغار فوقع(ع) نعم على الاكابر من الولدان ان يقضوا دين ابيهم ولايحبسوه بذلك ونحوهما غيرهما وفى خبر(٣) زياد بن ابى الحلال - مايظهر منه عدم جواز الوصية الى الصبى قبل بلوغ خمس سنين - ولكن لم يعمل به الاصحاب.

٣- وقع الخلاف بين الاصحاب فى وقت اعتبار البلوغ على قولين نقلهما الشيخ فى محكى المبسوط - احدهما - انه يعتبر حال الوصية وهذا القول اختيار الشيخ وابن ادريس ونسب الى الاكثر وظاهر المحقق اختياره - ثانيهما - ان العبرة بحال الوفاة (واستدل) للاول- بان البلوغ اذا كان شرطا لزم تقدمه على المشروط ولو بآن مافاذا كان شرطا لصحة الوصية ولم تكن موجودة حال انشائها لم يكن العقد صحيحا لانتفاء الشرط المقتضى لانتفاء المشروط -و بانه منهى وقت الوصية عن التفويض

١-٢-٣- الوسائل- باب ٥٠- من ابواب كتاب الوصايا-حديث ٢-١-٣

الی من لیس بالصفات والنهی المتوجه الی رکن المعاملة یقتضی فسادها ـ وبانه ـ یجب ان یکون الوصی بحیث لو مات الموصی نافذ التصرف مشتملا علی صفات الوصیة وهو هنا منتف (ولکن) الجمیع مضافا الی ما مر کما تری مصادرة علی المطلوب اذ کون البلوغ شرطا مقارنا للوصیة اول الکلام وکذا کونه منهیا وقت الوصیة عن التفویض وکذا اعتبار کونه مشتملا للصفات نافذ التصرف حین الوصیة (فالاظهر) القول الثانی .

نعم لو قلنا بان الوصیة من العقود وان قبول الوصی جزء العقد اتجه اعتبار کون الوصی قابلا للمعاهدة حال الوصیة وواجدا للشرط (لا) لما افاده جمع من المحققین من ان مناط المعاهدة والمعاقدة لا یتحقق بدون ذلک اذ المعاهدة مع الغیر تقتضی کونهما معا کک فی حال الایجاب و القبول اذ معیة المتعاقدین انما هی معیة شاعر ملتفت الی ما یلزم للغیر ویلتزم الغیر له والا فلا ینقدح القصد الجدی فی نفس العاقد الی المعاهدة مع من هو کالجدار او کالحمار وعلمه بالتفاته فیما بعد لا یصحح المعاهدة معه فعلا (فانه یرد علیه) ان عنوان العقد انما ینطبق علی الالتزامین الواردین علی مورد واحد ولیس منطبقا علی الایجاب خاصة وانما شان الموجب هو الالتزام النفسانی وابرازه وهو انما یکون باقیا ما لم یرفع الید عنه فاذا کان باقیا حین القبول والتزم القابل الاهل لذلک حین القبول فقد ارتبط الالتزامان لا محالة و تحقق عنوان العقد ـ مع ـ انه لا ینحصر دلیل النفوذ باوفوا بالعقود (بل) لانه بعد ما لا ریب فی انه یعتبر فی ترتیب العقلاء والشارع الاثر علی الالتزام النفسانی ان یظهره لمن هو طرفه فی المعاملة فاذا کان الطرف غیر قابل للتخاطب فالاظهار له کلا اظهار فلاجل ذلک یعتبر قابلیة القابل للتخاطب حال الایجاب (اللهم) الا ان یقال انه لو تم ذلک فی سایر العقود لم یتم فی الوصیة التی یصح ایجابها فی حال یکون القابل نائما غیر ملتفت او غائبا فلو کانت من العقود لا تکون علی حد سایر العقود ـ ولکن الذی یسهل الخطب ما مر من عدم کونها من العقود ـ فلا اشکال فی عدم اعتبار البلوغ حین الوصیة .

اعتبار العقل فی الوصی

٤- یعتبر فی الوصی العقل - فلاتصح الایصاء الی مجنون مطبقا اوادوارا فی دور جنونه - و الکلام فی اعتبار العقل کالکلام فی اعتبار البلوغ فلادلیل له سوی الاجماع و الخبر الاتی - نعم المجنون الذی یکون فاقدا للقصد وغیر ممیز لااشکال فی بطلان الوصیة الیه لعدم صحة تصرفاته وعدم صلوحه للوکالة - ومثلها الوصایة بل هی اعظم منها - بل لو طرأ الجنون علی الوصی قالوا بطلت وصیته - ففی خبر (١) دعائم الاسلام عن علی عليه السلام لایزیل الوصی الاذهاب عقل اوارتداد او تبذیر او خیانة اوترک سنة و السلطان وصی من لاوصی له والناظر لمن لاناظر له - وهل تعود الوصیة بعود العقل جزم المصنف ره بالعدم وتردد فی الدروس - وعدم العود اظهر لعدم المقتضی للعود - و لو کان المجنون یعتوره ادوارا قال فی محکی الدروس الاقرب الصحة و تحمل علی اوقات الافاقة قال والفرق بینه وبین مااذاطرأ الجنون انصراف الوصیة فی ابتدائها الی اوقات الافاقة و انصرافها هناک الی دوام عقله الذی لم یدم - وهو حسن .

(و) الثانی - من الشرائط (**الاسلام**) و الظاهر انه لاخلاف فی اعتباره (**فی الوصی**) اذاکان الموصی مسلما فلاتصح و صیة المسلم الی الکافر و لو کان رحما بل ربما یدعی علیه الاجماع ولادلیل لهم علی ذلک سوی دلالة آیتین علی ذلک احداهما - قوله تعالی (٢) « ولن یجعل الله للکافرین علی المؤمنین سبیلا) ثانیتهما - قوله عزوجل « لایتخذ (٣) المؤمنون الکافرین اولیاء من دون المؤمنین و من یفعل ذلک فلیس من الله فی شیء » لکن یتوجه علی الاستدلال بالاولی - ان ظاهر الایة بقرینة

---

١ - ذکر صدره فی المستدرک باب ٦٩ من الوصایا حدیث ٣ - و ذیله فی باب ٦٢ منها حدیث ١ .

٢ - النساء آیة ١٤١ .

٣ - آل عمران آیة ٢٨

ماقبلها نفی الجعل فی الاخرة ـ مع انه قدورد فی خبر(١) الهروی ان المراد من الاية نفی سبیل الحجة ـ مع ـ ان السبیل ظاهره السلطنة والوصی لاسلطنة له علی الموصی ويتوجه على الاستدلال بالثانية انه لاياخذ الموصی الوصی وليا وانما يجعله وصيا بعد موته ـ فالانصاف انه لادليل على المنع سوى الاجماع ان لم نعتبر العدالة فی الوصی و ان لم يثبت فالاظهر الجواز .

ثم انه على القول بالمنع المتيقن منه الحرمة التكليفية دون بطلان الوصية .

واما وصية الكافر لمثله فلا اشكال فی جوازها ان لم نعتبر العدالة فی ديننا

فی اعتبار العدالة فی الوصی

ثم انه ذهب جماعة منهم الشيخان والقاضی وابن حمزة والديلمی وابن زهرة الی اعتبار العدالة فی الوصی وعن الغنية عليه اجماع الامامية .

واستدل له ـ بان الوصاية استيمان على مال الاطفال ومن يجری مجراهم من الفقراء و الجهات التی لايراعيها المالك و الفاسق ليس اهلا للاستيمان على هذا الوجه و ان كان اهلا للوكالة لوجوب التثبت عند خبره ـ و بـان ـ الـوصية تتضمن الركون باعتبار فعل ما اوصی اليه به من تفرقة المال وانفاقه وصرفه فی الـوجوه الشرعية و الفاسق ظالم لايجوز الركون اليه لقوله تعالی(٢) «ولاتركنوا الی الذين ظلموا» وبان الوصية استنابة على مال الغير لاعلي مال الموصی لانتقاله عنه بعد موته و ولاية الوصی انما تحصل بعد الموت فيشترط فی النايب العدالة كوكيل الوكيل بل اولی لان تقصير وكيل الوكيل مجبور بنظر الوكيل و الموكل بخلاف الـوصی فانه لايشاركه فيها احد غالبا ولايتبع افعاله ـ وبالنصوص (٣) الواردة في من مات وله اموال و ورثة

١ ـ آيات الاحكام للعلامة الجزائری عن عيون الاخبار

٢ ـ سورة هود آية ١١٣

٣ ـ الوسائل ـ باب ٨٨ ـ من ابواب كتاب الوصايا

صغار و لاوصي له حيث اشترطت عدالة المتولي لذلك - حيث انها تدل على ان المتولي لامر الوصاية لابد فيه من العدالة ولافرق بين تعيين الموصي أو الحاكم الشرعي.

ولكن يتوجه على الاول ان المسلم محل للامانة كما في الوكالة والاستيداع و نمنع كون الفسق مانعا اذا لم يكن له دخل في حفظ المال - مع ان الموصي انما يعينه في التصرف فيماله - فكما انه لايعتبر في تصرف نفسه العدالة كذلك في من يعينه للتصرف - ودعوى - ان المال يخرج عن اختياره بالموت - مندفعة - بان ثلثه باق تحت اختياره - ووجوب التثبت عند خبره لم يظهر لي ارتباطه بالدليل مع انه اذا ائتمن يقبل قوله للنهي عن اتهام المؤتمن - وعلى الثاني ان الوصاية ليست ركونا - و مع التسليم فالممنوع الركون الى خصوص الظالم من الفاسق لامطلقا و كل فاسق و ان كان ظالما لنفسه - الا ان ظاهر الاية الركون الى من يظلم غيره - وعلى الثالث اولا ماتقدم من كونه استنابة على مال الموصي - وثانيا انه لادليل على المنع عن استنابة الفاسق على مال الغير فيماله ان يستنيب عليه احدا واما وكيل الوكيل فنمنع اعتبار العدالة فيه بل الامر فيه يتبع اذن الموكل اومايقتضيه مصلحته - وعلى الرابع ان موضوعها تولي عدول المسلمين الذين هم احد الاولياء مع فقد الحاكم ولاربط لها بباب الوصاية والوصي واعتبار العدالة في الولي لايستلزم اعتبارها في الوصي.

فالمتحصل مما ذكرناه اقوائية ماذكره جماعة منهم الحلي والمحقق في النافع والمصنف في بعض كتبه من عدم اعتبار العدالة للاصل واطلاق الادلة - ويؤيده ماورد(١) في وصاية الاولاد وفيهم كبار وصغار وان الصبي يصير وصيا بذلك عند بلوغه اوقبله والتصرف عند البلوغ - وماورد (٢) في وصاية الامرأة التي من الغالب عدم عدالتها - وماورد(٣) من وصية الكاظم (ع) جميع ولده و منهم غير العدل وجعل الولاية بيد علي(ع) لايجدي على القول بالمنع من وصاية الفاسق - الى غير تلكم من الاخبار التي

---

١ - ٢ - الوسائل - باب ٥٠ - من ابواب كتاب الوصايا حديث ١-٢

٣ - الوسائل باب ١٠ - من ابواب الوقوف والصدقات حديث ٥

لاينكر ظهورها في عدم اعتبار العدالة .

ثم انه لو تمت دلالة مامر على اعتبار العدالة فهى انما تدل على اعتبار العدالة لاعلى مانعية الفسق - كمافى المسالك حتى يصح استصحاب عدم الفسق فتصح الوصية الى مجهول الحال - واما ماافاده سيد الرياض تبعا للتذكرة والروضة من ان هذا الشرط انما اعتبر ليحصل الوثوق بفعل الوصي ويقبل خبره به لافي صحة الفعل في نفسه فلو اوصى الى من ظاهره العدالة وهو فاسق في نفسه ففعل مقتضى الوصية فالظاهر نفوذ فعله وخروجه عن العهدة ويمكن كون ظاهر الفسق ايضا كك لو اوصى اليه فيما بينه وبين الله وفعل مقتضاها بل لو لم فعله كك لم يبعد الصحة وان حكم ظاهرا بعدم وقوعه و ضمانه ما ادعى فعله . فمرجعه الى انكار شرطية العدالة - وعليه فلا وجه للحكم بضمانه بعد مادل الدليل على ان الامين لايتهم - وكيف كان فالاظهر عدم اعتبار العدالة فيه .

ثم انه على القول بعدم اعتبار العدالة ابتداء - قد يقال بانه لو اوصى الى عدل ثم ظهر فسقه بعد موت الموصى بطلت وصايته ووجب عزله (وعن) المختلف الاحتجاج له بان الظاهر ان الباعث له على اختيار العدل مع جواز الوصية الى غيره انما هو عدالته والوثوق بامانته فاذا خرج عن حد العدالة فات الباعث وخرج عن الاستيمان اذ الظاهر انه لو كان حيا لاستبدل به (وفيه) اولا انه من الجائز كون الباعث له على جعله وصيا - قرابته او نحو تلك لاعدالته - وعليه فمجرد الاحتمال لايكفي في الحكم بالبطلان - وثانيا ان المدار على الانشاء لاعلى مافي نفس الموصى فاذا جعله وصيا لابعنوان انه عادل لاوجه لبطلان وصيته بظهور الفسق اوعروضه وان علم ان الباعث له على نصبه وصيا كونه عادلا - فان الاثار الوضعية تتبع الانشاء ولاترتبط بما في النفس من الترجحات - ولذا اشتهر ان تخلف الدواعي في باب المعاملات لايوجب الخيار .

ولايعتبر في الوصي ان لايكون وارثا - ولا الذكورية - ولا الوحدة - اجماعا

لاطلاق الادلة ولجملة من النصوص(۱) فی الاول وخبر(۲) علی بن یقطین فی الثانی -واما خبر(۳) السکونی عن جعفر بن محمد عن ابیه عن آبائه عن امیر المؤمنین علیهم السلام المرئة لایوصی الیها لان الله تعالی یقول لاتؤتوا السفهاء اموالکم- فلا عراض الاصحاب عنه ومعارضته بخبر علی بن یقطین لابد من طرحه اوحمله علی مالو فقد بعض الشرائط السابقة کما یشعر به التعلیل -

فی الموصی به وما یعتبر فیه

المطلب الخامس فی الموصی به وهو اما عین اومنفعة اوحق قابل للنقل (۹) المعروف صحة الوصیة فی الجمیع لعمومات الصحة والنفوذ.

ثم ان الاصحاب قالوا انه ان کانت الوصیة بمال او منفعة یعتبر (**الملک فی الموصی به**) فلا تصح الوصیة بمال الغیر - ولا بمالایملک - ولابالمحرمات.

اما الاول فلعدم جواز التصرف فی مال الغیر کانت الوصیة تملیکیة او عهدیة وح فان اوصی بمال الغیر بان علق التملیک علی موت ذلک الغیر واجاز ذلک الغیر صحت الوصیة لانه بالاجازة تصیر الوصیة وصیة المجیز ومستندة الیه ویصدق الوصیة من المالک کمافی سایر موارد الفضولی بناء علی ماهو الحق من صحة الفضولی علی القاعدة وان اوصی بمال الغیر بان علق التملیک علی موت نفسه فاجازه ذلک الغیر لم تصح لاوصیة ولاتملیکا- اما الاول فلان الوصیة عرفا عبارة عن تملیک المال معلقا علی موت المالک لاعلی موت غیره فلو قال هذا لک بعد موت ابیک لایکون من الوصیة- واما الثانی فللتعلیق المجمع علی مبطلیته للعقود والایقاعات سوی الوصیة -وبذلک یظهر بطلان مالو اوصی بماله لزید اذا مات عمرو.

۱- الوسائل- باب ۱۶- من ابواب کتاب الوصایا -

۲- الوسائل - باب ۵۰- من ابواب کتاب الوصایا حدیث -۲

۳- الوسائل - باب ۵۳ من ابواب کتاب الوصایا حدیث ۱

واما الوصية بما لايملك فان كانت على وجه التمليك فبطلانها ظاهر - واما اذا كانت على وجه العهد والتخصيص وكانت فيه فائدة ولو نادرة بنحو تصحح التخصيص فالاظهر صحتها الا ان فرض كون الشيء مما له فائدة ولو نادرة مع عدم قابليته للتملك لا تصوره عاجلا - وان لم يكن فيه فائدة لاتصح الوصية لاتمليكية ولاعهدية ولاتخصيصية .

و اما الوصية بالمحرمات كالخمر والخنزير - فان كان الملحوظ في الوصية المنفعة المحرمة مثل الشرب في الخمر واللعب بآلات اللهو وما شاكل فلا اشكال في البطلان كما مر - وان اوصى بصيرورتها ملكا وفرضنا عدم قابليتها للملكية فالبطلان ظاهر ايضا - واما ان اوصى بها للانتفاع بها منفعة محللة كما لو اوصى بالخمر للطلي او السراج او للتخليل او نحو ذلك من الفوائد المحللة فالظاهر صحة الوصية بها على نحو التخصيص وان شئت قلت ان له ان يوصي بانتقال حق الاولوية الثابت له الى الموصى له وعليه فتصح الوصية بالكحول الذي لا يشرب وانما له فوائد اخر .

حكم وصية القاتل نفسه

المطلب السادس في الاحكام - (و) فيه مسائل -١- **(ولو جرح)** الموصي **(نفسه بالمهلك)** اوشرب سما او نحو ذلك **(ثم اوصى لم تصح)** وصيته على المشهور و عن الايضاح نسبته الى الاصحاب مشعرا بالاجماع عليه - والمستند صحيح (١) ابي ولاد حفص بن سالم قال سمعت اباعبدالله (ع) يقول من قتل نفسه متعمدا فهو في نار جهنم خالدا فيها قلت (قيل له خ ل) ارايت ان كان اوصى بوصية ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته قال فقال ان كان اوصى قبل ان يحدث حدثا في نفسه من جراحة او قتل اجيزت وصيته في ثلثه و ان اوصى بوصية بعد ما احدث في نفسه من جراحة او قتل لعله يموت لم تجز وصيته - وما

---

١ - الوسائل- باب ٥٢- من ابواب مقدمات الطلاق وشروطه حديث ١

افاده الحلى من انه لايجوز تخصيص القرآن بخبر الواحد و حيث انه حى عاقل مكلف واوصى بوصية وقد دل القرآن على نفوذ وصية كل حى عاقل وانه لايجوز تبديلها فالبناء على صحته وصيته متعين - يرده ماحقق فى محله من ان عموم القرآن يخصص بخبر الواحد الواجد لشرائط الحجية - ومن الغريب ماعن المختلف قال - قول ابن ادريس لاباس به - وعن الروضة انه حسن - وعن القواعد لوقيل بالقبول مع تيقن رشده بعد الجرح كان وجها - مع ان بناء المصنف ره والشهيد الثانى على تخصيص الكتاب بخبر الواحد والصحيح مضافا الى حجيته فى نفسه معمول به بين الاصحاب سيما وان المصنف ره فى محكى المختلف علل عدم القبـول بوجوه اخر من - دلالة فعله على سفهه - و عدم استقرار حياته فيكون فى حكم الميت - وان القاتل يمنع من الميراث لغيره فيمنع عن نفسه وان قبول وصيته نوع ارث له - وان كانت هذه الوجوه بينة الضعف .

ثم ان الخبر مختص بمن جرح نفسه لعله يموت لالغرض آخر - ومالو كان ذلك على وجه العصيان لقوله فهو فى نار جهنم - وبما اذا كان فعل ذلك عمدا - و بمالومات من ذلك - وبالوصية فى ماله لقوله فى ثلثه - وعليه فلو اوصى بما يتعلق بالتجهيز ونحوه مما لا تعلق بالمال أوفعل ذلك سهوا اوخطئاً - او لغرض آخر . او على غير وجه العصيان كما فى الجهاد فى سبيل الله - اوعوفى ثم اوصى - صحت الوصية فى جميع تلكم لعموم ادلة الوصية .

ولو جرح نفسه برجاء ان يموت واوصى ثم عوفى هل تصح وصيته - لاطلاق ادلة الوصية بعد اختصاص النص بما اذا مات بـذلك السبب - ام لاتصح كـما افاده صاحب الجواهر ره قال لايخلو من نظر مع فرض عدم تجدد انشاء تمليك و لذا لو نساها ولم يجددها لم تنفذ على الاقوى - وجهان اوجههما الاول كما لايخفى هذا فيما كانت الوصية بعد ماجرح نفسه بالمهلك (٩) اما (**لوتقدمت الوصية**) فلا اشكال فى انها (**صحت**) من غير فرق بين ان يكون حين الوصية بانيا على ان يحدث ذلك

بعدها - ومالو لم يكن بانيا عليه - لاطلاق الصحيح المتقدم.

الوصية للحمل

-٢- لاخلاف بينهم (و) لا اشكال في انه (**تصح الوصية للحمل**) الموجود حين الوصية وان لم تحله الحياة والوجه في ذلك اما على ماذكرناه في شرائط الموصى له - من ان مقتضى القاعدة صحة الوصية للمعدوم وانما لم نلتزم بها للاجماع فظاهر واما على القول الآخر فالوجه فيه ان الحمل ليس معدوما صرفا لايقبل التملك بعد كون الملكية من الامور الاعتبارية وهي خفيفة المؤونة فيوصى له وان مات الموصى قبل ان يولد.

انما الكلام فيما طفحت به كلماتهم من انه انما تصح الوصية (**بشرط وقوعه حيا**) و علل ذلك بان الحمل لو لم يولد حيا لايقبل لان يملك لعدم ترتب اثر على ملكيته - و بقياس الوصية على الارث - فانه يتوجه على الاول - النقض بمالو ولد حيا و مات في ساعته - والحل مامر في الوقف من انه اذا ملك وسقط ميتا بعد ولوج الروح فيه يكون ذلك ارثا لورثته - و على الثاني انا لانقول بالقياس فاذاً لامدرك لاعتبار هذا الشرط سوى الاجماع.

ثم انه على المختار من كون الوصية من الايقاعات غاية الامر ان للموصى له رد الوصية لااشكال فيما سقط حيا ومات من ساعته - واما على القول بانها من العقود و يعتبر فيها القبول - فقد اشكل الامر على القوم بانه من يقبل هذه الوصية قال في المسالك و لكن يعتبر هنا قبول الوارث لامكانه في حقه وانما اسقطنا اعتباره عن الحمل لتعذره كما سقط اعتباره في الوصية للجهات العامة ووجه سقوطه عن الوارث تلقيه الملك عن المولود المالك لها بدون القبول والمتجه اعتبار القبول في الوصية للحمل مطلقا فيقبل وليه

ابتداء اووارثه هنا انتهى (اقول) اما اعتبار قبول الوارث فلاوجه له اصلا فان الوارث يتلقى الملك من المولود وثبوت الملكية القهرية له بحكم ادلة الارث ممالا كلام فيه فملكيته تتوقف على ملكيته للمولود - فلو توقفت الملكية له على قبول الوارث لزم الدور مع انه لاوجه لاعتبار قبول غير من هو طرف المعاملة - واما قبول الولى فاعتباره ايضا لايمكن تطبيقه على الادلة اذ ما دام حملا لادليل على ولايته عليه بحيث يصح له عنه الهبة والبيع ونحوهما خصوصا قبل ولوج الروح وبعد الولادة وان كانت ولايته ثابتة عليه الا ان ظاهر الفتاوى المتضمنة استقرار الوصية بانفصاله حيا ينافي ذلك - فالمتجه عدم اعتبار القبول فى هذا المورد ايضا .

الوصية للكافر

-٣ - فى الوصية للكافر اقوال انهاها فى محكى التنقيح فى الذمى خاصة الى سبعة اقوال - ولكن العمدة منها فى الذمى ثلاثة - الجواز مطلقا اختاره الشيخ فى الخلاف والحلى والمحقق والمصنف ره وغيرهم - عدمه كك هو قول القاضى - التفصيل بين كونه رحما واجنبيا فتصح فى الاول دون الثانى - وكذا فى الحربى غاية الامر يختلف القائل .

(و) الذى ذهب اليه جمع من الاساطين هو صحة الوصية **(للذمى دون الحربى)** اما الوصية للذمى فيشهد لجوازها مضافا الى اطلاق ادلة الوصية و قوله (١) تعالى « لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم بالمودة» ومادل (٢) على الترغيب فى البر والاحسان وجواز الصدقة (٣) علي

---

١ - الممتحنة آية ٨

٢ - الوسائل باب ٣ من ابواب فعل المعروف كتاب الجهاد

٣ - الوسائل باب ١٩ من ابواب الصدقة كتاب الزكاة

الكافر -جملة من النصوص- كصحيح (١) محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام عن رجل اوصى بماله فى سبيل الله فقال عليه السلام اعطه لمن اوصى له وان كان يهوديا او نصرانيا ان الله تعالى يقول فمن بدله بعد ماسمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه -- وقريب منه صحيحه (٢) الاخر عن احدهما عليهما السلام -وصحيح (٣) الريان بن شبيب عن الرضا عليه السلام قلت له ان اختى اوصت بوصية لقوم نصارى واردت ان اصرف ذلك الى قوم من اصحابنا مسلمين فقال عليه السلام امض الوصية على ما اوصت به قال الله تعالى فمن بدله بعدما سمعه الاية .

واستدل لعدم الجواز بقوله تعالى (٤) «لاتجد قوما يؤمنون بالله واليوم الاخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا اباءهم او ابناءهم» بتقريب ان الاية متناولة للارحام وغيرهم والوصية لهم مودة- وجمع فى الحدائق بين الاية والنصوص المتقدمة- بحمل تلك النصوص على ارادة صحة الوصية وابقاء الاية على ظاهرها من عدم الجواز -فتكون الوصية له كالبيع وقت النداء (ولكن) يرد على الاستدلال بالاية -اولا ماذكره جماعة من ان النهى عن الموادة انما هو من حيث كونه يحاد الله ورسوله -والا لزم حرمة اللطف والاكرام - وثانيا انه يقيد اطلاق هذه الاية بالاية المتقدمة -وثالثا منع كون العطية سيما اذا كانت مكافاة او تأليفا موادة -اضف الى تلكم ماورد (٥) فى الارحام من الامر بصلتهم -وفى الابوين (٦) من الامر بمصاحبتهما فى الدنيا معروفا - ويتوجه على صاحب الحدائق ره مضافا الى ماتقدم الاجماع ظاهرا على

---

١ - ٣ -الوسائل باب ٣٥ من ابواب الوصايا حديث ٥-١

٢ - الوسائل باب ٣٢ من ابواب الوصايا حديث ١

٤- المجادلة آية ٢٢

٥- اصول الكافى ج٢ ص١٥٠ طبعة طهران

٦- سورة لقمان آية ١٥ - اصول الكافى ج٢ ص١٥٧

التلازم بين الامرين مع ان ظاهر النصوص الجواز التكليفى ايضا فيقيد بها اطلاق الآية - فلا اشكال فى الجواز للذمى .

واما الحربى - فقد استدل لعدم جواز الوصية له - بالاجماع - وبانصراف ادلة الوصية الى الوصية غير المحرمة وهذه محرمة لآية النهى عن الموادة - فالمتبع فيها اصالة عدم المشروعية - وبان - الحربى لا يملك فان ماله فىء للمسلمين وقد تقدم انه يشترط فى الوصية قابلية الموصى له للتملك (ويتوجه) على الاول عدم ثبوته اولا - وعدم كونه تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم ثانيا - وعلى الثانى منع حرمة الوصية للكافر اذ لا دليل لها سوى آية النهى عن الموادة - وقد عرفت حالها - اضف اليه ان حرمة الوصية لا تستلزم فسادها وانصراف ادلتها عن الوصية المحرمة ممنوع - وعلى الثالث ان غاية ما يلزم مما افيد انه يجوز اخذه منه ولا يجب التسليم اليه وهذا لا يوجب بطلان الوصية وعدم كونها مملكة له بل تصح الوصية ويصير الموصى به ملكا له يترتب عليه حكم ساير املاكه - فالاظهر صحة الوصية له ايضا - لاطلاق ادلة الوصية - ويمكن القول بشمول اطلاق النصوص الخاصة المتقدمة له فان اليهودى او النصرانى قد يكون ذميا وقد يكون غير ملتزم بشرائط الذمة وحربيا - ودعوى - انصرافها الى الذمى . لا منشأ لها سوى الغلبة وهى لا تصلح منشأ للانصراف - ومافى الرياض من انه لا عموم فيهما لكونهما نكرتين فى سياق الاثبات لا عموم فيهما لغة بل مطلقان ينصرفان بحكم التبادر الى الملتزم منهما بشرائط الذمة - فيه ان المطلق حجة كالعام - وانصرافه ممنوع لمنع التبادر .

ثم ان المصنف ره ذكر جملة من فروع الوصية للملوك - فعلى ما بنينا عليه من الغاء المباحث المتعلقة بالاماء والعبيد لا نتعرض لها .

٤ - (ولو اوصى لذكور واناث تساووا الامع التفضيل وكذا الاعمام و الاخوال ولو اوصى لقرابته فهم المعروفون بنسبه) على مرفى الوقف **و العشيرة والجير ان والسبيل والبر والفقراء كالوقف)**

حكم مالو مات الموصى له قبل الموصى

٥- (ولومات الموصى له قبله) اى قبل الموصى (ولم يرجع كانت) الوصية (لورثته) كماهو المشهور بين الاصحاب - وعن ابن الجنيد والمصنف فى المختلف بطلان الوصية بموته قبل القبول - وقيل بالتفصيل بين ما اذا علم ان غرض الموصى خصوص الموصى له فتبطل وبين غيره فلورثته - وعن الدروس ان التفصيل المذكور حق وبه يجمع بين النصوص - اقول مقتضى القاعدة هو البطلان - اما على المختار من عدم اعتبار القبول وكون الرد مانعا فلان الموصى له لايملك المال فى حياة الموصي كى ينتقل عنه الى ورثته وانتقال الموصى به الى الموصى له بعد موت الموصى وان كان ممكنا كالدية الا ان ادلة الوصية لا اطلاق لها من هذه الجهة ولاتدل عليه - فان قيل ان كون المال بحيث ينتقل الى الموصى له بعد موت الموصى من الحقوق فينتقل ذلك الى ورثته لان ماتركه الميت من مال او حق فلوارثه ولازم ذلك صيرورته بموته ملكا لورثته كما عن جماعة فى حق القبول - قلنا - انه ممنوع صغرى وكبرى - توضيح ذلك ان الحق المقابل للملك والحكم بحسب الاصطلاح عبارة عن اعتبار السلطنة على شيء اوشخص فى جهة خاصة مثلا حق الخيار عبارة عن السلطنة على الفسخ والامضاء وحق الشفعة عبارة عن السلطنة على ضم حصة الشريك الى حصته بتملكه عليه قهرا - ولكن ليس ذلك حقيقة شرعية له اذ مضافا الى عدم الدليل عليه كثيرا ما يستعمل الحق فى الاخبار فى الحكم وعليه فتشخيص كون مورد خاص من قبيل الحكم او الحق بالمعنى الذي ذكرناه يتوقف على ملاحظة الخصوصيات والقرائن ولايستفاد ذلك من مجرد اطلاق الحق عليه .

ثم ان الشيخ الاعظم ره جعل للحق اقساما (الاول) مالايقبل المعاوضة بالمال اى لايقبل النقل ولا الاسقاط كحق الحضانة والولاية (الثانى) مايقبل الاسقاط ولايقبل النقل كحق الشفعة والخيار (الثالث) مايكون قابلا للنقل والانتقال والاسقاط كحق التحجير والمصنف ره جعل مايصح نقله واسقاطه قسمين - احدهما - مايصح ذلك فيه بالعوض و

مجانا - ثانيهما - مالايصح ذلك فيه الامجانا كحق القسم فان لكل من الازواج نقله الى ضرتها واسقاطه الا انه ليس لها اخذ المال بازاء ذلك وعلى هذا فحيث لايعلم ان ما اشير اليه من قبيل الحق او الحكم - وعلى فرض كونه من قبيل الاول من اى قسم من اقسام الحق - ففساد القول المزبور صغرى وكبرى واضح .

واما على القول باعتبار القبول فيها - فالبطلان اوضح اذ مضافا الى ماذكرناه يشهد له ان المفروض ان الايجاب مختص بالموصى له وح ان قبل الوارث لنفسه لزم عدم مطابقة الايجاب والقبول وان قبل للمورث فهو ليس وكيلا عنه ولا وليا عليه فلا بد من البناء على البطلان - هذا بحسب القاعدة .

واما النصوص الخاصة - فهى طائفتان - الاولى مايدل على المشهور لاحظ صحيح (١) محمد بن قيس عن ابى جعفر عليه السلام قضى امير المؤمنين (ع) فى رجل اوصى لآخر والموصى له غائب فتوفى الموصى له الذى اوصى له قبل الموصى قال (ع) الوصية لوارث الذى اوصى له قال ومن اوصى لاحد شاهدا كان او غائبا فتوفى الموصى له قبل الموصى فالوصية لوارث الذى اوصى له الا ان يرجع فى وصيته قبل موته (واورد) عليه الشهيد الثانى وقبله المصنف ره فى محكى المختلف بان محمد بن قيس مشترك بين جماعة احدهم ضعيف ولعله راوى الخبر فهو ساقط عن الحجية (وفيه) اولا انه كما ذكره الشيخ فى الفهرست وغيره من المحققين على ما حكى ان الذى يروى عنه عاصم بن حميد هو البجلى الثقة فلا اشكال فيه سندا - وثانيا - انه لو كان فى سنده شيء لكان منجبرا بعمل الاصحاب وقد يذكر من هذه الطائفة - خبران آخران - احدهما خبر (٢) محمد بن عمر الساباطى (الباهلى خل) عن ابى جعفر (ع) عن رجل اوصى الى وامرنى ان اعطى عما له فى كل سنة شيئا فمات العم فكتب اعط ورثته ولكنه غير مربوط بمسألتنا وانما هو فى الوصية بالتمليك فى كل سنة ويكون ايجاب التمليك من الوصى - ومقتضى القاعدة فى تلك المسألة ايضا البطلان والخبر لجهالة

١-٢- الوسائل- باب ٣٠- من ابواب كتاب الوصايا- حديث ١-٣

راويه لا يصلح مستنداً للصحة - ثانيهما خبر (١) المثنى بن عبد السلام عن الصادق (ع) عن رجل اوصى له بوصية فمات قبل ان يقبضها ولم يترك عقبا قال (ع) اطلب له وارثا او مولى فادفعها اليه قلت فان لم اعلم له وليا قال (ع) اجهد على ان تقدر له على ولي فان لم تجد وعلم الله منك الجد فتصدق بها - وهو في خصوص مورد عدم القبض وظاهر في وقوع القبول فلا يدل على هذا القول - فالمستند خصوص صحيح محمد بن قيس - الثانية - ما يدل على بطلان الوصية كصحيح (٢) محمد بن مسلم - وابي بصير جميعا عن ابي عبد الله (ع) سئل عن رجل اوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصى قال (ع) ليس بشيء - وموثق (٣) منصور بن حازم عنه (ع) عن رجل اوصى لرجل بوصية ان حدث به حدث فمات الموصى له قبل الموصى قال (ع) ليس بشيء .

ولكن الطائفة الثانية غير ظاهرة في بطلان الوصية اذ يمكن ان يكون المراد بقوله ليس بشيء ان الموت ليس بشيء قادح في الوصية لا ان الايصاء ليس بشيء فلا معارض لصحيح محمد بن قيس وعلى فرض التنزل فغاية الامر ظهورها في ذلك والجمع بينها وبين صحيح ابن قيس يقتضي حملها على ارادة ان الموت ليس بشيء اذ حمل الظاهر على النص او الاظهر جمع عرفي - وان ابيت الا عن ظهورها في بطلان الوصية بنحو لا يصح حملها على غير ذلك فهي معارضة مع صحيح ابن قيس ويقدم هو للشهرة التي هي اول المرجحات - فاصل الحكم مما لا اشكال فيه .

انما الاشكال في امور منها انه قد يدعى اختصاص الصحيح بما اذا لم يعلم غرض الموصى خصوص شخص الموصى له على وجه التقييد ففيما اذا علم ذلك يرجع الى القواعد المقتضية للبطلان ولم يذكروا وجها للاختصاص سوى الانصراف وان ذلك هو المتيقن منه - اما الانصراف فلا ارى له منشأ واما كونه هو المتيقن فلا يمنع عن التمسك بالاطلاق اذ الثابت في محله ان وجود القدر المتيقن في مقام التخاطب ليس مانعا عن الاطلاق فضلا عن المتيقن من الخارج - فالاظهر عدم الاختصاص .

١-٢-٣- الوسائل باب ٣٠ من ابواب كتاب الوصايا حديث ٢-٤-٥

و منها انه لو مات الموصى له قبل الموصى (فان لم يكن له وارث فـ) هل الوصية (لورثة الموصى) كما في المتن و عن غيره ام لا و جهان ـ اوجههما الاول فان النص وان كان في وارث الموصى له ـ و لكنه يدل على ان الوصية موروثة للوارث فمقتضى اطلاق ادلة الارث ثبوتها لوارث الوارث ايضا .

و منها انه هل ينتقل الموصى به بموت الموصى الى الميت ثم الى الوارث ـ او اليه ابتداء من الموصى قولان ـ استدل للثاني بان الميت بمنزلة المعدوم فلا يقبل الملك وللاول بانه لا اشكال في انها تقسم على حسب قسمة المواريث و لو كانت منتقلة الى الورثة من الموصى لم يكن لذلك وجه ـ ويتوجه على الاول ان الملكية من الامور الاعتبارية ولا حقيقة لها وراء الاعتبار ولذا ربما يكون المملوك كليا ـ وقد يكون المالك كك ـ وعليه فاعتبارها للميت لا محذور فيه اصلا بل ظاهر الادلة الدالة على انتفاع الميت بالمال ذلك ـ وقد مر تفصيل القول في ذلك في المباحث المتقدمة ـ و على الثاني انه ما المانع من كون تقسيم الوصية في المقام بحكم الميراث من هذه الجهة ان دل على ذلك دليل ـ والحق ان يقال ان ظاهر النص كون الوصية موروثة للوارث لا المال فبعد انتقال الوصية اليهم اذا مات الموصى ينتقل المال منه اليهم كما في ساير الوصايا .

ومنها ـ انه هل المدار على الوارث حين موت الموصى له او الوارث حين موت الموصى وجهان ـ اظهرهما الاول بناء على ما عرفت من انتقال المال من الموصى الى الورثة وانه انما ينتقل الوصية الى الورثة فان الوارث حين موت الموصى له ح يرث الوصية ولا يبقي شيء حتى يرثه الوارث حين موت الموصى ـ نعم لو قلنا بان الورثة لا يرثون الوصية بل يرثون المال و انه انما ينتقل المال من الموصى الى الموصى له ومنه الى ورثته كان الاوجه هو الثاني فان المدار على الوارث حين انتقال المال.

و منها انه اذا اوصى له بارض فمات قبل القبول فهل ترث زوجته منها او لا ـ وجهان مبنيان على ان المنتقل الى الورثة هو المال او الوصية ـ فعلى الاول لا ترث ـ وعلى الثاني ترث اذ الدليل دل على محروميتها عن الارض لا عن ما يؤدى الى ملكية الارض

ودلالة الدليل على كونها على نحو الارث ولذا يجب ان تقسم على نحو قسمة الميراث لاتستلزم ترتب الحكم الخاص لموروث خاص على الوصية بذلك الموروث -- كما هو واضح - وحيث عرفت ان الاظهر ان الوصية تورث والمال ينتقل من الموصى الى الورثة - فالاوجه انها ترث منها .

و منها انه هل يختص ذلك بالوصية التمليكية - ام يعم العهدية بان يوصى الى وصيه ان يعطى زيدا مثلا شيئا - الاظهر هو الاول لاختصاص النص بالتمليكية - وقدمر ان خبر الساباطى وان دل على جريان هذا الحكم فى العهدية - الا انه ضعيف السند غير مجبور بالعمل .

الوصية بالحمل

-٦ -(**وتصح الوصية بالحمل**) بلاخلاف وكذا بما تحمله الدابة او الشجرة من غير فرق فى جواز الوصية بالمتجدد بين المضبوط بمدة كالمتجدد فى هذه السنة اوعشر سنين اوعدد كاربعة ولافى المضبوط بمدة بين المتصل بالموت والمتاخر كالسنة الفلانية من المتجدد كل تلكم لاطلاق ادلة الوصية - ودعوى ان الحمل المتجدد بعد موت الموصى انما هو لورثته فكيف يوصى به - مندفعة اولا - بالنقض بالوصية بسكنى الدار مدة مستقبلة - وثانيا - بالحل وهو ان المالك كما يملك العين الخارجية ملكية مرسلة غير محدودة بزمان كك يملك بتبع ملك العين منفعتها المرسلة غير المحدودة فله ان يوصى بها كيف ماشاء .

-٧ -(**ويستحب الوصية للقريب و ان كان وارثا**) وقدمر الكلام فيه فى شرائط الموصى له كما انه قدمر الكلام فيما افاده بقوله (**واذا اوصى الى عدل ففسق بطلت**) وعرفت انها لاتبطل (**و**) ماذكره بقوله (**يصح ان يوصى الى المرئة و**) قدمر ايضا صحة جعل (**الصبى**) وصيا (**بشرط انضمامه الى الكامل والى المملوك باذن مولاه فيمضى الكامل الوصية الى ان يبلغ الصبى ثم يشتركان ولاينقض بعد بلوغه**

ماتقدم مما هو سائغ و) ايضا قدتقدم انه (**لو اوصى الكافر الى مثله صح)** بل عرفت صحةوصية المسلم اليه ايضا .

حكم مالواوصى الى اثنين

(ولواوصى الى اثنين) فلايخلواماان يشترط اجتماعهما (و) اماان يجوز لهما الانفراد -واماان يطلق ف **(ان شرط الاجتماع اواطلق فليس لاحدهما الانفراد)** بل عليهما الاجتماع فيه بمعنى صدوره عن رأيهما ونظرهما وان باشره احدهما بلاخلاف فى الاول بل عليه الاجماع عن التنقيح وعلى الاشهر فى الثانى وفى الرياض بل عليه عامة المتاخرين-امامع شرط الاجتماع فظاهرلان ولايتهمالم تثبت الاعلى هذا الوجه- واما مع الاطلاق فان كان المفهوم عرفا من الاطلاق ارادة الاجتماع فكك والابان حصل الاشتباه فى المراد فثبوت الولاية لهمابنحو الاجتماع معلوم وثبوتها لكل واحدمنفردا مشكوك فيه والاصل يقتضى عدمه -و يمكن ان يستدل لهمع ذلك بصحيح (١) الصفار كتبت الى ابى محمد عليه السلام رجل كان اوصى الى رجلين ايجوز لاحدهماان ينفرد بنصف التركة والاخر بالنصف فوقع عليه السلام لاينبغى لهما ان يخالفا الميت وان يعملا على حسب ماامرهما انشاءالله تعالى-فان قيل ان قوله عليه السلام لاينبغى ظاهر فى الكراهة فهو يدل على جواز الانفراد- قلنا ان لفظ لاينبغى وان لم يكن فى نفسه ظاهرا فى الحرمة- ولكنه لايكون ظاهرا فى الكراهة ايضا- وفى المقام اريد منه الحرمة قطعا بقرينة قوله ان يخالفا الميت اذلاريب فى حرمة مخالفة الميت لتضمنها التبديل المنهى عنه كتابا وسنة وقوله عليه السلام وان يعملا على حسب ماامرهما فانه يدل على حمل الاطلاق على امره بالاجتماع ومع امره به لااشكال فى عدم جواز الانفراد .

وذهب الشيخ فى احد قوليه و من تبعه الى جواز انفراد كل منهما مع الاطلاق واستدل لهم بموثق (٢) بريدبن معاوية ان رجلامات واوصى الى والى آخر -اوالى

١-٢- الوسائل باب ٥١ من ابواب كتاب الوصايا حديث ١-٣

رجلين فقال احدهما خذ نصف مـاترك و اعطنى النصف مماترك فابى عليه الاخر فسئلوا اباعبدالله عليه السلام عن ذلك فقال ذلك (ذاك خل) له- ولكن الاستدلال به يتوقف على رجوع الاشارة الى القسمة و الضمير المجرور الى الطالب مع انه يحتمل رجوع الاشارة الى الاباء والضمير الى المطلوب بل لعل هذا اولى كماعن الشيخ فى التهذيب والمصنف ره فى المختلف وغيرهما - لقرب مرجع الاشارة - فهو ايضا يدل على عدم جواز الانفراد (واما) مافى المسالك من ان الاشارة بذلك الى البعيد فحمله على القسمة انسب باللفظ (ففيه) ان المحكى عن نسخة الكافي والفقيه عدم وجود اللام مع الاشارة وانماهى موجودة فى نسخة الشيخ -وعند دوران الامر بين الزيادة والنقصان وان كان الاصل مقتضيا للبناء على الثانى الاانه فى المقام بما ان الشيخ اخذ الخبر من الكافى- فالاول لولم يكن اظهر لاريب فى تساوى الاحتمالين فيكون الخبر مجملا من هذه الجهة - ومع الاغماض عن جميع ذلك وتسليم دلالته على ما استدل به له - فحيث يقع التعارض بينه وبين صحيح الصفار - فان قلنا بان الجمع العرفى بينهما بحمل الظاهر على النص او الاظهر يقتضى حمل الموثق على ارادة المنع عن الانفراد كمافهمه المصنف ومن بعده - والا فيقدم الصحيح للشهرة التى هى اول المرجحات ولارجحية السند التى هى ثاني المرجحات - فلااشكال فى انه ليس لكل منهما الانفراد .

(و) على هذا ف (**يجبرهما الحاكم على الاجتماع لو تشاحا**) وتعاسرا فاراد احدهما نوعا من التصرف ومنعه الاخر من غير ان يستبدل بهما مع الامكان لان المفروض ان الميت جعل لنفسه وصيا فلاولاية للحاكم فيه وانما له الاجبار لانه ولى الممتنع عن اداء حق الغير اذ ذلك شأن من شئون القضاة والحكام فيكون ثابتا له (**فان تعذر**) الاجبار ولم يمكن جمعهما (**استبدل**) الحاكم بهما -لانهما بامتناعهما عن الاجتماع المشروط بحكم العدم فللحاكم ان ينصب امينا من قبله و قـد يقال انهما بالتعاسر و التشاح يفسقان فيخرجان عن الوصاية فللحاكم نصب الامين و ان امكن اجبارهما - و لكن يردعليه مضافا الى مامر من عدم اعتبار العدالة فى الوصى ان التشاح ان

كان مستندا الى اعتقاد رجحان ما راياه بحسب المصلحة لا التشهي و المعاندة لايوجب الفسق .

(ولوعجز احدهما) عن القيام بتمام مايجب عليه من العمل بالوصية بمرض ونحوه (ضم اليه) الحاكم من يعينه ـ فيكون النظر للثلاثة بلاخلاف الاعن الشهيد فى الدروس فانه ذهب الى انه يضم الحاكم الى الاخر لاالى العاجز فيكون النظر لاثنين ـ ويتوجه عليه ان العاجز بعجزه عن القيام بتمام مايجب عليه من العمل بالوصية بمرض ونحوه لايخرج عن الوصاية لجواز الوصية الى العاجز كك ابتداء اجماعا ـ فكذا فى الاستدامة ـ ولوعجز احدهما عن القيام به اصلا بموت اوجنون ـ فعن الاكثر انه يستقل الاخر فى التصرف ـ وفى النافع وعن القواعد والارشاد و التحرير و الفخر والشهيدين وجماعة انه يضم الحاكم الى الاخر امين من طرفه ـ وجه الاول انه مع وجود الوصي لاولاية للحاكم ـ و يضعف بانه بانفراده لم يجعل وصيا و الموصى لم يرض برأيه منفردا و انما جعلهما معا وصيا فلاوجه لتفرده بالتصرف ، وح فيمكن ان يقال لو لم يكن خلاف الاجماع بسقوط الاخر عن الوصاية رأسا اذ الولاية المجعولة له انما كانت ولاية له ولصاحبه فمع تعذر الجزء ينتفى الكل فيرجع الامر الى الحاكم وله ان يجعل امينا من قبله ـ وح له ان يجعل الاخر باستقلاله وليا ـ ودعوى ان الموصى لم يرض برأيه على الانفراد فليس للحاكم تفويض جميع الامر اليه و الا لزم التبديل المنهى عنه في الشريعة ـ مندفعة بان الموصى لم يرض برأيه فى الوصاية التى جعلها ولاعبرة بنظره فيما يجعله الحاكم ـ فالاظهر ان له ذلك كما ان له تفويض الامر الى غيره هذا كله مع شرط الاجتماع او الاطلاق .

(ولوشرط الانفراد جاز تصرف كل واحد منهما) منفردا ـ بلاخلاف ولا اشكال لان كلا منهما وصى مستقل (ويجوز) لهما (الاقتسام) بالتنصيف او التفاوت ان لم يمنع عنه الموصى ولم يحصل بالقسمة ضرر ولكن ليست هذه القسمة حقيقية فيجوز لكل منهما التصرف فى نصيب الاخر لان كلا منهما وصى فى المجموع

- وهذا كله مما لا اشكال فيه - انما الاشكال فى انه هل يجوز لهما الاجتماع ح ام لا اذالم يشترط عليهما عدم الاجتماع - منشأ الاشكال ان الاجتماع مقتض صدوره عن رأى كل واحد منهما وشرط الانفراد اقتضى الرضا برأى كل واحد و هو حاصل ان لم يكن هنا اكد و مخالفته للشرط - و الحق ان يقال انه ان فهم من شرط الانفراد بواسطة القرائن الرخصه لا التضييق لا اشكال فى الجواز - وان فهم التضييق فلا اشكال فى عدم الجوار وان لم يظهر شىء فالظاهر عدم الجواز لان ثبوت الولاية لهما منفردين معلوم وثبوتها لهما مجتمعين مشكوك فيه فيرجع الى اصالة الانتفاء -

حكم رد الوصية

٩- لاخلاف بين الاصحاب فى انه كما ان للموصى له رد الوصية - كك للوصى ان يرد الوصاية مادام الموصى حيا وان كان قد قبلها - الا عن الصدوق فيما اذا كان الموصى ابا او كان الامر منحصرا فى الموصى اليه فلم يجز الرد فيهما وعن المختلف الميل اليه وفى الرياض و هو كك ان لم ينعقد الاجماع على خلافه ولا يمكن دعواه باعتبار اطلاق عبائر الاصحاب بجواز الرد لعدم تبادر المقامين منه جدا - وجه الاول اطلاق النصوص الاتية .

و استدل الصدوق لعدم جواز الرد فى المورد الاول - بمكاتبة (١) على بن الريان الى ابى الحسن (ع) رجل دعاه والده الى قبول وصية هل له ان يمتنع عن قبول وصيته فوقع (ع) ليس له ان يمتنع - وايراد سيد الرياض عليه بانه قاصر السند بسهل غريب فانه فى كثير من الموارد صرح بان خبر سهل يعتمد عليه - ولعدم جوازه فى المورد الثانى - بصحيح (٢) الفضيل عن ابى عبدالله (ع) فى رجل يوصى اليه قال (ع) اذا بعث بها اليه من بلد فليس له ردها وان كان فى مصر يوجد فيه غيره فذلك اليه -

---

١ - الوسائل - باب ٢٤ - من ابواب كتاب الوصايا

٢ - الوسائل - باب ٢٣ - من ابواب كتاب الوصايا حديث٢

ونحوه غيره - وايد المصنف ره الاول بان امتناع الولد نوع عقوق - والثاني بان من لايوجد غيره يتعين عليه لانه فرض كفاية (واورد) على ذلك في الجواهر بان نصوص الاطلاق متعدد وخبر التقييد واحد فلا يصلح لتقييد اطلاقها سيما و ان اطلاق الاخبار معتضد باطلاق الفتاوى والعقوق مبنى على امر الوالد له بذلك على وجه يؤذيه عدم القبول و وجوب اطاعة الولد في مثل ذلك وان كان هو الظاهر لكن محل البحث عدم قبول الوصية من حيث كونها كك لاما اذا اشتملت مع ذلك على امر بالقبول و يمكن حمل المكاتبة المزبورة على ذلك بل لعله الظاهر منها فتخرج عن محل البحث.

اقول اما ما افاده من ان خبر التقييد واحد لايصلح لتقييد اطلاق نصوص الرد لانها متعدد فمن غرائب الكلام اذ اطلاق القرآن يقيد بخبر الواحد كما اعترف به قدہ في غير موضع فكيف لايقيد اطلاق النصوص المتعددة به - واما دعوى اعراض المشهور عن خبر التقييد - فيتوجه عليها ما افاده سيد الرياض من عدم تبادر المقامين من اطلاق عبائر الاصحاب حتى مع معلومية فتوى الصدوق - واما قوله ان العقوق مبنى على امر الوالد له بذلك - فيرده انه يتحقق مع طلبه منه ذلك وان لم يامر به فالانصاف تمامية ما افاده الصدوق في الموردين - فالنصوص الدالة على جواز الرد كصحيح (١) محمد بن مسلم عن ابي عبدالله (ع) ان اوصى الى رجل وهو غائب فليس له ان يرد وصيته وان اوصى اليه وهو بالبلد فهو بالخيار ان شاء قبل و ان شاء لم يقبل - وخبر (٢) منصور ابن حازم عنه (ع) اذا اوصى الرجل الى اخيه وهو غائب فليس له ان يرد عليه وصيته لانه لو كان شاهدا فابى ان يقبلها طلب غيره ونحوهما غيرهما يقيد اطلاقها بما مر.

واما في غير الموردين فلا اشكال في جواز الرد في الجملة - والاصحاب ذهبوا الى ان له الرد مع بلوغ الرد اليه وهو حي . واليه اشار المصنف ره بقوله - **(واذا بلغ الموصى رد الموصى اليه صح الرد والافلا)** ويمكن ان يستفاد

١-٢-- الوسائل- باب ٢٣- من ابواب كتاب الوصايا- حديث-١-٣

من النصوص المشار اليها ـ بجعل الغيبة والحضور كناية عن بلوغ الرد اليه وهو حى وعدمه بقرينة التعليل فى خبر منصور والاجماع على عدم مدخلية ذلك ـ نعم ذهب الشهيد الثانى فى المسالك وسيد الرياض فيه الى انه يشترط مع بلوغ الموصى الرد امكان اقامته وصيا غيره لعموم العلة المنصوصة و لانتفاء الفائدة بدونه فعلى هذا لو كان حيا ولكن لايمكنه نصب احد ولو بالاشارة لم يصح الرد ـ وهو حسن ـ وايراد صاحب الجواهر ره عليهما بكون المنساق من التعليل ارادة بيان واقع فهو شبه الحكمة لان المراد من التعليل قصد ادارة الحكم مداره ضرورة عدم لزوم طلب غيره اذ قد لا يريد وصية غير هذا الذى ردها ـ غير وارد ـ لان ظاهر التركيب كونه علة للحكم ـ والعلة تمكنه من نصب غيره لا النصب خارجا فلا ينافى كونه علة يدور الحكم مدارها عدم لزوم طلب غيره .

وكيف كان فلومات الموصى قبل الرد اوبعده ولم يبلغه لم يكن للرد اثر وكانت الوصية لازمة للموصى اليه وان لم يقبلها اصلا على المشهور فى صورة عدم القبول واجماعا فى فرض القبول ثم الرد ـ ويشهد به مضافا الى النصوص المتقدمة صحيح (١) الفضيل بن يسار عن ابى عبد الله (ع) فى رجل اوصى اليه اذا بعث بها اليه من بلد فليس له ردها وان كان فى مصر يوجد فيه غيره فذلك اليه ـ وحسن (٢) هشام ابن سالم عنه (ع) فى الرجل يوصى الى رجل بوصية فيكره ان يقبلها فقال ابو عبد الله (ع) لا يخذله على هذه الحال (واورد) عليها المصنف ره في محكى المختلف والتحرير ومال اليه فى المسالك بعدم صراحتها فى المطلوب لاحتمال حملها على الاستحباب اوسبق القبول اونحو ذلك مما لا بأس بحملها عليه فاثبات الحكم العظيم المخالف للاصول الشرعية و العقلية بمثل ذلك مشكل ـ وزاد ان اثبات حق على الموصى اليه على وجه قهرى وتسليط الموصى على اثبات وصيته على من شاء مخالف

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٢٣ ـ من ابواب كتاب الوصايا ـ حديث ٢

٢ ـ الوسايل ـ باب ٢٣ من ابواب كتاب الوصايا ـ حديث ٣

للاصل ـ مضافا الى استلزام ذلك للحرج العظيم والضرر الكثير فى اكثر مواردها و هما منفيان بالاية (١) والرواية (٢) (وفيه) ان عدم الصراحة لوسلم لايوجب عدم العمل بالاخبار بعد كونها ظاهرة فى المطلوب وكون اكثر الفقه ثابتة بالظواهر ـ واثبات حق على الموصى اليه على وجه قهرى وان كان مخالفا لقاعدة السلطنة (٣) لكنها كساير القواعد الشرعية قابلة للتقييد فما المانع من تقييدها بالنصوص المتقدمة والاحكام الضررية والحرجية وان كانت مرفوعة الان المدار على الضرر اوالحرج الشخصى لا النوعى ـ فالاظهر عدم جواز الرد الااذا استلزم الضرر اوالحرج فيرتفع حرمة الرد كساير الاحكام الشرعية ـ

الوصية تبطل بخيانة الوصى

١٠ **(ولوخان)** الوصى **(استبدل به الحاكم)** امينا ـ بلا خلاف فيه بل فى المسالك انما يتوقف عزله على عزل الحاكم لولم نشترط عدالته فللحاكم ان يعزل الخائن مراعاة لحق الاطفال واموال الصدقات ونحوها واما اذا اشترطنا عدالته فانما ينعزل بنفس الفسق وان لم يعزله الحاكم ـ وهومتين ولكن عرفت عدم اشتراط العدالة (واستدل) لجواز عزل الحاكم بان من وظائفه حفظ اموال القاصرين وحقوقهم واموال الصدقات ونحوها (وفيه) ان غاية ما يقتضيه ذلك منع الحاكم له عن استقلاله بالتصرف بل يجعل عليه ناظرا منفذا للوصاية معه على وجهها ـ واما دعوى انه يفهم من الموصى اشراط وصايته بامانته ـ وانه متى خان لم يكن وصيا فيردها ان الاثار الوضعية تابعة للانشاء و لاترتبط بمافى النفس من الترجحات فالاولى

---

١ ـ الحج آية ٧٨

٢ ـ الوسائل باب ١٢ ـ من كتاب احياء الموات

٣ ـ البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث

ان يستدل له بخبر (١) دعائم الاسلام عن على (ع) لايزيل الوصى الاذهاب عقل او ارتداد او تبذير او خيانة او ترك سنة والسلطان وصى من لاوصى له والناظر لمن لاناظر له وضعف سنده مجبور بالعمل - ولو تاب ورجع فالظاهر عدم عود الوصاية لعدم الدليل عليه والاصل عدمه .

وكيف كان ف (لايضمن الوصى الامع التفريط) او مخالفة شرط الوصية - بلاخلاف كما فى المسالك - والوجه فى ذلك انه امين و يكون استيلاء يده على المال باذن مالكى وشرعى والامين لايضمن الامع التعدي او التفريط كما سبق - واما مادل من النصوص باطلاقه على الضمان - فمحمول على ذلك - واما النصوص الدالة على ضمانه بالتبديل فمستفيضة منها - صحيح (٢) محمد بن مارد عن ابى عبدالله (ع) عن رجل اوصى الى رجل وامره ان يعتق عنه نسمة بستمائة درهم من ثلثه فانطلق الوصى فاعطى الستمائة درهم رجلا يحج بها عنه فقال (ع) ارى ان يغرم الوصى ستمائة من ماله و يجعلها فيما اوصى الميت فى نسمة .

ثم انه قد يستشكل على القوم بان ظاهرهم فى هذه المسألة ان غاية ما يوجبه التعدى والتفريط وجوب الضمان عليه مع بقائه على الوصاية - بل هو المستفاد من الصحيح ولا يوجب ذلك عزله مع انهم صرحوا فى المسألة السابقة بان للحاكم ان يعزله -- ويمكن دفعه بان كلمات الاصحاب فى المقام انما هو لبيان الضمان خاصة ولا نظر لهم الى عزل الوصى وعدمه - واما الصحيح فلم يفرض فيه الخيانة ولعله كان فعله جهلا بتخيل انه انفع للميت بل ظاهره ذلك .

استيفاء الوصى دينه من مال الميت

١١- ولو كان للوصى دين على الميت ف (له ان يستوفى دينه) مما فى يده

---

١ - ذكر صدره فى المستدرك باب ٦٩ من ابواب الوصايا حديث ٣ - وذيله فى باب ٦٤ منها حديث ١

٢ - الوسائل - باب ٣٧ - من ابواب كتاب الوصايا حديث ١

بلاخلاف فی بعض الصور ـ توضيح ذلك ان الوصی تارة يكون وصيا على وفاء الديون او مايشمله ـ واخرى يكون وصيا على غيره ـ وعلى التقديرين تارة يمكن له اقامة البينة على حقه و اخرى ليس له حجة عليه .

اما اذا كان وصيا على وفاء الديون فالظاهر انه يجوز له اسيفاء دينه وان امكن له اقامة البينة ـ اذ هی انما تجب لاثبات الحق والمفروض انه ثابت عنده ـ والى ذلك نظر القوم حيث قالوا ان فائدتها احتمال كذب المدعى والمفروض عدمه ـ وحيث انه مخير فی جهات القضاء فلا اشكال فی ان له قضاء دينه ـ كما ان له ذلك لو علم بدين الاجنبی ـ واما موثق (١) بريد بن معاوية عن ابی عبدالله (ع) قلت له ان رجلا اوصى الی فسئلته ان يشرك معی ذا قرابة له ففعل وذكر الذی اوصى الی ان له قبل الذی اشركه فی الوصية خمسين ومأ ئة درهم عنده ورهن بها جاما من فضة فلما هلك الرجل انشأ الوصی يدعی ان له قبله اكرار حنطة قال (ع) ان اقام البينة والا فلا شیء له قال قلت له ايحل له ان ياخذ مما فی يديه شيئا قال (ع) لايحل له قلت ارأيت لو ان رجلا عدا عليه فاخذ ماله فقدر على ان ياخذ من ماله ما اخذ أكان ذلك له قال (ع) ان هـذا ليس مثل هذا ـ فالظاهر كونه اجنبيا عن المقام فان المفروض فی مورده ان الوصی شخصان و اناطة جواز تصرفاتهما بنظرهما معا ومن المعلوم انه لايجوز لغير الدائن ان يؤدی الدين الا مع اثباته عنده ـ وبعبارة اخرى ان الكلام فی صورة ثبوت الدين عند الوصی وفی فرض الخبر لم يثبت عند احدهما ـ فلاربط للخبر بما هو محل الكلام .

واما اذا لم يكن وصيا على وفاء الديون فحيث ان الدين انما يخرج من الاصل فمخرج الدين غير المال الذی بيده فالظاهر انه ليس له ان ياخذ منه مقاصة ـ وان شئت قلت ان المقاصة و ان كانت جائزة الا انها عبارة عن اخذ دينه من مال المدبون مع اجتماع الشرائط والميت بموته ينتقل ديونه الى امواله والثلث والارث انما يتعلقان بامواله بعد اخراجها فما فی يده متعلق بالميت و دينه انما يكون على الاموال الاخر

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٩٣ ـ من ابواب كتاب الوصايا حديث ١

التى بيد الورثة فليس مورد للمقاصة - والى ذلك اشار الامام (ع) فى الموثق - و بماذكرناه يظهر مافى الاستدل للجواز - بانه محسن باستيفاء دينه و«ماعلى(١) المحسنين من سبيل» .

ثم انه قال المصنف ره بعد قوله له ان يستوفى دينه -(**اويقترض مع الملائة اويقوم على نفسه وياخذ اجرة المثل مع الحاجة**) فهاهنا احكام - الاول - ان للوصى ان يشترى من نفسه لنفسه باعتبار ولايته على المال الذى يريد شرائه بالوصاية كماهو المشهور ووجهه ان المفروض انه ماذون فى هذه المعاملة والتغاير المعتبر فى العقود بين الموجب والقابل يكفى الاعتبارى منه ولايعتبر التغاير الحقيقى - فاطلاقات ادلة الامضاء تدل على صحته - ويشهد بها ايضا خبر(٢) الهمدانى المنجبر ضعفه بعمل الاكثر قال كتبت مع محمد بن يحيى هل للوصى ان يشترى من مال الميت اذا بيع فيمن زاد يزيد ويأخذ لنفسه فقال عليه السلام يجوز اذا اشترى صحيحا - وعن الخلاف و الحلى عدم الجواز و استدلاله بوجوب التغاير بين الموجب والقابل وهو مفقود ، وبالاخبار (٣) المانعة عن شراء الوكيل لنفسه الذى هو بمنزلة الوصى - وبفتوى ابن مسعود - ولكن الاول قدعرفت مافيه والاخبار المانعة عن شراء الوكيل لنفسه قدعرفت فى باب الوكالة انها محمولة على الحكم التنزيهى لدفع التهمة ولامانع من الالتزام به فى المقام ايضا وقول ابن مسعود ليس بحجة .

الثانى - ان للوصى ان يقترض من مافى يده مع الملائة والمستند النصوص (٤) الدالة على جواز الاقتراض من مال اليتيم الذى تحت يد الانسان مع الملائة - وقدمرت النصوص فى بابه - واما الاقتراض من المال الذى عين لمصارف خاصة فان علم من

---

١ - التوبة آية ٩١ .

٢ - الوسائل باب ٨٩ من ابواب الوصايا حديث١

٣ - الوسائل باب ٦ من ابواب آداب التجارة

٤ - الوسائل باب ٧٦ من ابواب مايكتسب به

الوصية الاذن فيه فلا كلام والافيمكن استفادة حكمه من تلك النصوص الواردة فى الاقتراض من مال اليتيم سيما وان موردا كثرها كونه وصياً عليه .

اخذ الوصى اجرة عمله

الثالث ان للوصى اخذ اجرة المثل مع الحاجة بلاخلاف فيه فى الجملة و ملخص القول فى هذه المسألة - ان الوصى تارة يكون وصيا على الايتام و يكون اموالهم تحت يده ويعمل لهم فيها - واخرى يكون وصيا على صرف مال الوصية فى الموارد المقررة .

اما فى المورد الاول - فبعد اتفاق الاصحاب على جواز اخذ العوض اختلفوا فيما يؤخذ على اقوال (احدها) ان له ان ياخذ اجرة المثل من نظره فى ماله - اختار الشيخ فى احد اقواله والاسكافى والمصنف ره فى محكى القواعد والمحقق وغيرهم بل عن مجمع البيان انه الظاهر من روايات اصحابنا (ثانيها) انه ياخذ قدر كفايته ذهب اليه الشيخ فى قوله الاخر و الحلى (ثالثها) انه ياخذ اقل الامرين فان كانت كفايته اقل من اجرة المثل فله قدر الكفاية دون اجرة المثل وان كانت اجرة المثل اقل من الكفاية فله الاجرة دون الكفاية اختاره جماعة .

ثم ان هؤلاء بين من قيد الاخذ بالحاجة ومن قال انه يجوز الاخذ ولو كان غنيا - والحق ان يقال ان مقتضى القاعدة - والاية الشريفة - والنصوص هو اخذ اجرة المثل - اما القاعدة فظاهرة - واما الاية - وهى قوله (١) تعالى «ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف» فلان الظاهر ان المراد من الاكل فيها هو التملك أو جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك - وليس المراد منه معناه الموضوع له كما فى الايات الاخر قال الله تعالى (٢) «ان الذين ياكلون اموال اليتامى ظلما» وقال عزوجل (٣) «ولا تاكلوها اسرافا وبدارا»

---

١ - ٣ - النساء آية ٦

٢ - النساء آية ١٠

وقال عز من قائل (١) «لاتاكلوا اموالكم بينكم بالباطل» الى غير تلكم من الايات المتضمنة لهذه الكلمة . وبالجملة - لاشبهة فى ان الاكل اريد به معناه الكنائى وهو ماذكر - واما المعروف فظاهره ارادة ماهو المتعارف بين الناس - وعلى ذلك فتدل الاية الكريمة على انه يجوز لمن يتصدى امر الايتام ان ياخذ من اموالهم ماهو المتعارف اخذه بازاء العمل و ليس هو الا اجرة المثل - فالاستدلال بالاية للقول الثانى فى غير محله - واما النصوص فهى طائفتان . الاولى - مايكون ظاهرا فى جواز اخذ اجرة المثل - لاحظ صحيح (٢) هشام بن الحكم عن ابى عبدالله (ع) قال سألته عمن تولى مال اليتيم ماله ان يأكل منه فقال (ع) ينظر الى ماكان غيره يقوم به من الاجر لهم فلياكل بقدر ذلك - و نحوه غيره . - وظهور هذه النصوص فى ارادة اجرة المثل لا ينكر - الثانية مالا يكون كك لكنه قابل للحمل عليه كصحيح (٣) عبدالله بن سنان عنه (ع) عن القيم لليتامى فى الشراء لهم والبيع فيما يصلحهم أله ان ياكل من اموالهم فقال (ع) لاباس ان ياكل من اموالهم بالمعروف كما قال الله تعالى فى كتابه - و ابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم و لاتاكلوها اسرافا وبدارا ان يكبروا و من كان غنيا فليستعفف و من كان فقيرا فلياكل بالمعروف - هو القوت وانما عنى فلياكل بالمعروف الوصى لهم والقيم فى اموالهم و ما يصلحهم - و صحيحه (٤) الاخر عنه (ع) فى قول الله عزوجل - فلياكل بالمعروف - قال المعروف هو القوت وانما عنى الوصى أو القيم فى اموالهم ومايصلحهم ونحوهما غيرهما - وهذه النصوص قابلة للحمل على اجرة المثل بناء على ان اجرة المثل بحسب الغالب بالنسبة الى

١- النساء آية ٢٩

٢- الوسائل - باب ٧٢ - من ابواب مايكتسب به من كتاب التجارة حديث ٥

٣- التهذيب ج٩ ص٢٤٢ الطبعة الثانية

٤- الوسائل - باب ٧٢ - من ابواب مايكتسب به حديث ١

من جعل حرفته ذلك لاتزيد على القوت فتحمل عليها والشاهد على هذا الحمل الاية و النصوص الاخر - ففي خبر (١) ابي الصباح عنه عليه السلام فان كان المال قليلا فلا يا كل منه شيئا - وفي خبر (٢) زرارة عن الباقر (ع) في الاية - سئل عنها فقال ذلك اذا حبس نفسه في اموالهم فلا يحترف لنفسه فليا كل بالمعروف من اموالهم وفي جملة (٣) من النصوص ان من تولى ابل الايتام اومواشيهم - ان له ان يصيب من لبنها - وبالجملة بعدرد النصوص بعضها الى بعض يظهر ان المراد من الجميع اجرة المثل - ويؤيده ان العمل للايتام يختلف كثرة وقلة باعتبار زيادة المال وقلته - كما ان قوت الأشخاص يختلف سيما اذا قلنا بان المراد قوته وقوت عياله - فلا ترديد في ان المراد اجرة المثل .

ثم ان ظاهر الاية الكريمة (٤) «ومن كان غنيا فليستعفف» عدم جواز اخذ الاجرة مع عدم الحاجة - كما عن الحلي وفي المسالك والرياض - ويشهد به مضافا الى ذلك - موثق (٥) سماعة عن الصادق (ع) من كان يلي شيئا لليتامى وهو يحتاج ليس له ما يقيمه فهو يتقاضي اموالهم ويقوم في ضيعتهم فليا كل بقدر ولا يسرف وان كان ضيعتهم لاتشغله عما يعالج بنفسه فلا يرزان من اموالهم شيئا (فما) عن الشيخ والاسكافي والمصنف ره في بعض كتبه من جواز الاخذ على كراهة (غير تام) والعفة لاتكون ظاهرة في الجواز كي توجب صرف ظهور الامر في الوجوب (ثم ان) مافي بعض النصوص من انه لو كان المال قليلا أو كان ضيعتهم لاتشغله عما يعالج نفسه أوان عمله لو كان حفظ الدراهم والدنانير فلا ياخذ شيئا - فانما هو من جهة ان هذه الافعال لا اجرة لها في العادة .

حكم ايصاء الوصي

١٢- (و) يجوز للوصي (ان يوصى) بالموصى به اليه الى الغير (مع الاذن)

---

١ - ٢ - ٣ - ٥ - الوسائل - باب ٧٢ - من ابواب ما يكتسب به حديث ٣ - ١٠-٢-٤ كتاب التجارة.

٤- النساء آية ٦

من الموصى بلا خلاف لاطلاق الادلة . و (لا) يجوز له (بدونه) بلا خلاف ايضا مع المنع بل عليه الاجماع كما عن غير واحد ووجهه ظاهر - وانما الخلاف فيما اذا اطلق الموصى فلم يأذن ولم يمنع - فعن المفيد والتقى وابن زهرة والحلى واكثر المتاخرين بل عامتهم انه لا تصح الوصية - وعن الاسكافى والنهاية والقاضى الجواز والكلام تارة مع قطع النظر عن النص الخاص واخرى بلحاظه .

اما الاول فقد استدل للجواز (بان) الموصى اقام الوصى مقام نفسه فيثبت له من الولاية ماثبت له ومن ذلك الاستنابة بعد الموت (وبان) الاستنابة من جملة التصرفات التى يملكها حيا بالعموم كما يملكها بالخصوص لورود النص به - ويضعف الاول ان الموصى اقامه مقام نفسه فى فعله مادام حيا - ولم يقمه مقامه فى جعل القائم مقام نفسه بعد موته - والثانى ان الاستنابة فى حال الحياة الموجبة لكون الفعل فعل الوصى غير الاستنابة بعد الموت غير المستندة اليه وايضا الاستنابة فى حال الحياة تكون جائزة للوصى الرجوع فيها بخلاف الاستنابة بعد الموت - و ان شئت قلت ان الوجهين لا يخلوان عن المصادرة - بل الاظهر بحسب القاعدة عدم الجواز لعدم ثبوت ولاية له بعد الموت على ذلك والاصل يقتضى عدمها - بل قيل ان المتبادر من استنابته مباشرته بنفسه او بوكيله الذى هو بمنزلته ومجبور عمله بنظره ومندرج فى وصايته دون الايصاء الى الغير المشتمل على الولاية بعد موته .

واما الثانى ففى المقام رواية استدل بها كل من الطرفين - وهى صحيحة (١) الصفار كتبت الى ابى محمد (ع) رجل كان وصى رجل فمات واوصى الى رجل هل يلزم الوصى وصية الرجل الذى كان هذا وصيه فكتب (ع) يلزمه بحقه ان كان له قبله حق انشاء الله (استدل) بها للقول بالجواز بتقريب ان المراد بالحق هنا حق الايمان فكانه قال يلزمه ان كان مؤمنا وفائه لحقه بسبب الايمان فانه يقتضى معونة المؤمن وقضاء حوائجه التى اهمها انفاد وصيته (وفيه) انه من المحتمل ان يكون المراد بقوله بحقه

١- الوسائل - باب ٧٠ - من ابواب كتاب الوصايا حديث ١

الوصية اليه بان يوصى وضمير حقه يرجع الى الموصى الأول والمعنى ح ان الوصية تلزم الوصى الثانى بحق الاول ان كان له قبل الوصى الاول حق بان يكون قد اوصى اليه واذن له ان يوصى فقد صار له قبله حق الوصية فاذا اوصى به الزمت الوصى الثانى - ومع هذا الاحتمال يصير الخبر مجملا لا يصح الاستدلال به .

وربما يستدل بها لعدم الجواز بمامر وهو ايضا غير ظاهر قال فى الرياض واما على مايظهر منها بعد تعمق النظر فيها من ان المراد بالسؤال ان الوصى اوصى الى الغير فيما يتعلق به وجعله وصيا لنفسه فهل يدخل فى هذه الوصية وصية الموصى الاول فيلزم الوصى الثانى العمل بها ايضا ام لا فكتب الجواب بما مضى فلا وجه ايضا للاستدلال به لكونه على هذا التقدير ايضا مجملا و مقتضاه ح ان كان للوصى الاول قبله اى قبل الوصى الثانى حق من جهة وصية الموصى الاول لزمه الوفاء به والا فلا و يكون المراد بالحق ح حق التوصية الى الوصى الثانى بان صرح له بالوصية فيرجع حاصل الجواب الى ان وصية الاول لا تدخل فى اطلاق وصية الموصى الثانى الا ان يصرح به وهو كما ترى غير مورد النزاع واطلاقه وان شمله الا انه لا عبرة به بناء على ظهور وروده لبيان حكم غيره فيكون الخبر بالنسبة الى مورد النزاع من جواز وصية الوصى الى الغير فيما اوصى به اليه الموصى و عدمه مجملا محتملا لاختصاص الحكم فيه بالجواز مع الشرط بالموضع المتفق المجمع عليه وهو صورة الاذن فيها لا مطلقا انتهى و انما نقلناه بطوله من جهة انه اول ما نظرت فى الرواية قبل مراجعة كلمات القوم فيها خطر ذلك ببالى فرأيت انه قده تعرض له و بينه باحسن بيان - و لذلك اكتفيت بما ذكره -

(و) كيف كان ف‍ (لايتعدى) الوصى (الماذون)

(ويتولى الحاكم من لا وصى له) لو كان له اطفال ولم يكن عليهم ولى من الاجداد أو كان له وصايا أو حقوق او ديون . بلا خلاف لان ذلك من شئون القضاة وقد جعله

الشارع الأقدس(١) وكيلا وقاضيا فيثبت له جميع ما للقضاة من الوظائف منها ذلك - و لانه من الامور الحسبية التي يريد الشارع الاقدس وجودها وقد مر في مبحث الولايات انه يتعين تصدى الحاكم لهذه الامور - وبه يظهر انه مع فقده يتولاه عدول المؤمنين .

لاتصح الوصية بمازاد على الثلث الاباجازة الورثة

١٣- (وتمضى الوصية بالثلث فمادون ولوزادت) لاتكون ماضية في الزايد و (وقف الزايد على اجازة الورثة) بلاخلاف في شيء من تلكم الاعن على بن بابويه من نفوذها مطلقا - وحيث ان كلامه غير ظاهر في ذلك فدعوى نفي الخلاف فيه بل الاجماع عليه في محلها - وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه - وفي الرياض بل عليه اجماع العلماء كما صرح به في الغنية والتنقيح والتذكرة .

ويشهد به اخبار صحيحة متظافرة - كخبر (٢) محمد بن مسلم عن ابى جعفر (ع) في رجل اوصى باكثر من الثلث واعتق مماليكه في مرضه فقال (ع) ان كان اكثر من الثلث رد الى الثلث وجاز العتق - وخبر (٣) حمران عنه (ع) في رجل اوصى عند موته وقال اعتق فلانا وفلانا حتى ذكر خمسة فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه اثمان قيمة المماليك الخمسة الذين امر بعتقهم قال عليه السلام ينظر الى الذين سماهم وبدأ بعتقهم فيقومون وينظر الى ثلثه فيعتق منه اول شيء ذكر ثم الثاني والثالث ثم الرابع ثم الخامس فان عجز الثلث كان في الذين سمى اخيراً لانه اعتق بعد مبلغ الثلث مالايملك فلايجوز له ذلك - ونحوهما غيرهما من النصوص المستفيضة او المتواترة الاتية جملة منها في ضمن الفروع الاتية .

وبازائها نصوص كموثق (٤) عمار عن ابى عبدالله عليه السلام الرجل احق بماله

١- الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضي حديث ١ - ٦
٢- الوسائل - باب ٦٧ - من ابواب كتاب الوصايا حديث ٤
٣- الوسائل - باب ٦٦ - من ابواب كتاب الوصايا حديث ١
٤- الوسائل - باب ١١ - من ابواب الوصايا حديث ١٩

مادام فيه الروح اذا اوصى به كله فهو جائز - وموثق (١) محمد بن عبدوس اوصى رجل بتركته متاع وغير ذلك لابى محمد عليه السلام فكتب اليه رجل اوصى الى بجميع ماخلف لك وخلف ابنتي اخت له فرأيك في ذلك فكتب (ع) الى بع ماخلف وابعث به الى فبعت وبعثت به اليه فكتب (ع) الى قد وصل ونحوهما غيرهما (لكنها) لاعراض الاصحاب عنها ومعارضتها بالنصوص الاولة المشهورة بين الاصحاب التى هى اكثر عدد اواصح سندا يتعين طرحها ولا مورد لماذكره الاصحاب فى مقام الجمع بين الطائفتين من حمل هذه على محامل بعيدة لماحقق فى محله من ان مااشتهر من ان الجمع مهما امكن اولى من الطرح لا اصل له فى غير الجمع العرفى .

اجازة الوارث الوصية بما زاد على الثلث

ثم ان تمام الكلام فى هذه المسألة ببيان امور (احدها) انه لا اشكال فى صحة الوصية بما زاد لو اجاز الورثة بعد وفاة الموصى وفى الجواهر انه اجماع بقسميه - ويشهد به صحيح (٢) احمد بن محمد كتب احمد بن اسحاق الى ابى الحسن عليه السلام ان درة بنت مقاتل توفيت وتركت ضيعة اشقاصا فى مواضع و اوصت لسيدنا فى اشقاصها بما يبلغ اكثر من الثلث ونحن اوصياؤها واحببنا انهاء ذلك الى سيدنا فان امرنا بامضاء الوصية على وجهها امضيناها وان امرنا بغير ذلك انتهينا الى امره فى جميع ما يامر به ان شاء الله قال فكتب عليه السلام بخطه ليس يجب لها فى تركتها الا الثلث و ان تفضلتم و كنتم الورثة كان جائزا لكم ان شاء الله - وليس لهم الرجوع فى اجازتهم لان الوصية بالاجازة نفذت فبطلانها بالرجوع يحتاج الى دليل .

واما اذا اجاز الوارث فى حياة الموصى ففى نفوذها قولان (الاول) ما هو المشهور وهو النفوذ (الثانى) ماعن المقنعة والمراسم والسرائر والوسيلة والجامع والايضاح وشرح الارشاد وهو انه لا عبرة بالاجازة حال الحياة - وفيه نقل قولان آخران لم اظفر

١-٢- الوسائل - باب ١١- من ابواب كتاب الوصايا -حديث -١٦-١

بقائلهما - احدهما - التفصيل بين كون الاجازة حال مرض الموصى فتصح وحال صحته فلا تصح - الثانى - التفصيل بين غنا الوارث فتصح اجازته بلا استدعاء وبين فقره او باستدعاء من الموصى فلا تصح - والكلام تارة فيما يستفاد من الادلة مع قطع النظر عن النصوص الخاصه - و اخرى بلحاظها .

اما الاول فقد استدل المصنف ره للنفوذ بوجوه وتبعه غيره - منها - عموم قوله تعالى(١) «من بعد وصية يوصى بها اودين» بتقريب ان مقتضى عمومه صحة الوصية مطلقا - خرج عنه ما لو زادت على الثلث ولم يجزه الوارث و بقى الباقى - واورد عليه بانه مع الشك يرجع الى عموم ما دل على عدم صحة الوصية بما زاد على الثلث الذى هو اخص من عموم صحة الوصية - ولكنه يضعف بان نصوص عدم صحة الوصية بما زاد على الثلث قيد اطلاقها بما دل على صحتها مع اجازة الوارث فالتمسك بعمومها فى صورة الشك تمسك بالعام فى الشبهة المصداقية فتدبر - ومنها - ان الرد حق للورثة فاذا رضوا بالوصية سقط حقهم كما لو رضى المشترى بالعيب - واورد عليه بانه لم يثبت الحق للورثة حال الحياة فلا معنى لاسقاطه واذا اريد ثبوته بعد الموت فاسقاطه حال الحياة من قبيل اسقاط ما لم يجب - وفيه - ان اسقاط ما لم يجب ان كان بنحو الاسقاط على تقدير الثبوت لا محذور فيه - ومنها - ان الاصل عدم اعتبار اجازة الوارث لانه تصرف من المالك فى ملكه لكن منع من الزيادة على الثلث ارفاقا بالورثة فاذا رضى الوارث زال المانع - واورد عليه بان زوال المانع انما يتم على تقدير استمرار رضا الوارث اما اذا رد بعد ذلك فالارفاق به يقتضى عدم صحة الاجازة السابقة والعمل على رده - وفيه - ان محل الكلام فعلا كفاية الاجازة فى حال الحياة - واما انه لو رد بعد ذلك هل يؤثر الرد ام لا فهى مسألة اخرى سيأتى الكلام فيها - ومنها - ان المال الموصى به لا يخرج عن ملك الموصى والورثة لانه ان برء كان المال له وان مات كان للورثة فان كان للموصى فقد اوصى به و ان كان للورثة فقد اجازوه - واورد عليه بان موضوع الكلام صورة الموت فالملك يكون للورثة

١- النساء: آية ١٢

لكنه بعد الموت لا قبله فالاجازة قبله اجازة من غير المالك - وفيه - ان اجازة غير المالك النصرف على تقدير ملكه لامانع من تأثيرها .

واما النص الخاص فمنه صحيح(١) محمد بن مسلم عن ابى عبدالله عليه السلام في رجل اوصى بوصية وورثته شهود فاجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم ان يردوا ما اقروا به فقال عليه السلام ليس لهم ذلك والوصية جائزة عليهم اذا اقروا بها في حياته - ونحوه صحيح (٢) منصور بن حازم - وغيره ودلالتها على نفوذ الوصية ظاهرة - و مع ذلك كله فلا يصغى الى ما عن السرائر من الاستدلال لعدم النفوذ بانها اجازة في غير ما يستحقونه بعد فلا يلزمهم بحال .

اجازة الوارث تنفيذ لعمل الموصى

ثانيها - انه هل تكون اجازة الوارث تنفيذ العمل الموصى فلا يعتبر فيها شيء مما يعتبر في الهبة وينتقل المال من الموصى الى الموصى له او ابتداء عطية من الوارث فتفتقر صحتها الى القبض، بل القبول ايضا - وينتقل المال من الوارث الى الموصى له وجهان المشهور هو الاول - وفي المسالك هو مذهب الاصحاب لايتحقق فيه خلاف بينهم وانما يذكر الاخر وجها اواحتمالا وانما هو قول العامة - والمرجح عندهم مااخترناه ايضا انتهى وقد استدل لكل من القولين بوجوه استحسانية .

والحق ان يقال انه تارة يبحث في مقام الثبوت واخرى في مقام الاثبات - امافي مقام الثبوت فلامانع من الالتزام بنفوذ وصية الموصى و انتقال المال منه الى الموصى له اما لان المال له حتى ما بعد موته غاية الامر بالنسبة الى ثلثه يكون مشروطا بالوصية و بالنسبة الى مازاد عليه يكون مشروطا بهامع اجازة الوارث - واما لانه وان كان المال للورثة لكن كما يجوز تمليك مال الغير باذنه بعد ما صار ملكا له كك يجوز تمليكه من اول ما يكون المقتضى لدخوله في ملكه موجودا - فعلى التقديرين لامانع من الالتزام بانتقال

١-٢- الوسائل باب ١٣- من ابواب كتاب الوصايا حديث ١-٢

المال من الموصى الى الموصى له ـ واما فى مقام الاثبات فالموصى انما ينشأ التمليك و ليس من الوارث انشاء تمليك وانما كان منه اجازة ذلك الانشاء فهى تكون تنفيذا لذلك لا ابتداء تمليك والنصوص ايضا ظاهرة فى ذلك لاحظ ـ قوله عليه السلام و الوصية جائزة عليهم اذا اقروا بها فى حياته فانه كالصريح فى ان المملك هى الوصية التى اقروا بها لا الاقرار ـ فلا اشكال فى انها تنفيذ للوصية لا ابتداء عطية .

ثالثها **(ولو)** كانت الوصية زايدة عن الثلث و **(اجاز)** ها **(بعض)** الورثة **(مضى فى قدر حصته)** ولا يضر التبعيض بلا خلاف وظاهر كلماتهم المفروغية عن جواز ذلك وهى كك ـ للعمومات ـ وعليه فيتم ما افاده صاحب الجواهر ـ قال و كذا لو اجاز الجميع البعض او البعض لاتحاد الجميع فى المدرك انتهى ـ و ذكروا مثالا للتوزيع فى ما لو اجاز بعض الورثة ـ وهو انه نفرض التركة ستة و كان الموصى به ثلاثة فتزيد الوصية على الثلث بسدس المجموع فاذا كان للميت ابن و بنت كان هذا السدس مشتركا بينهما اثلاثا و لو اجاز الابن فقط صحت الوصية فى ثلثى السدس و بطلت فى ثلثه فتصح الوصية فى اثنين و ثلثين من الثالث وان اجازت البنت صحت الوصية فى اثنين وثلث من الثالث .

ثم انه كما يصح الوصية **(ولو)** زادت الوصية عن الثلث ان **(اجازوا قبل الموت)** كما مر كك ت **(صح)** لو اجاز البعض دون البعض .

رابعها ـ لا خلاف ولا اشكال فى انه **(يملك)** الموصى له ـ **(الموصى به بعد الموت)** من غير فرق بين ما لو زادت الوصية على الثلث واجاز الوارث او كانت بقدره فما دون **(و)** اما توقف الملكية على **(القبول)** وعدمه فقد مر الكلام فيهما مفصلا عند القول فى شرطية القبول فراجع .

حكم الايصاء بالواجب وغيره

خامسها ـ **(و)** لو اوصى بواجب وغيره **(يقدم الواجب)** فيخرج **(من الاصل)**

كان الواجب ماليا كالدين والحج - ام بدنيا كالصوم والصلاة كما تقدم فى كتاب الحج مفصلا وعرفت ان الواجب يخرج من الاصل مطلقا لاطلاق الدين عليه فى الاخبار ودلالة النصوص على ان كل دين يخرج من الاصل - والايصاء به لا يوجب صرفه الى الثلث - بلا خلاف فى ذلك ويشهد به صحيح(١) معاوية بن عمار عن الصادق(ع) فى رجل توفى واوصى ان يحج عنه قال (ع) ان كان صرورة فمن جميع المال انه بمنزلة الدين الواجب وان كان قد حج فمن ثلثه الحديث ونحوه الموثق(٢) وهما كما ترى صريحان فى ان الوصية للحج لا توجب اخراجه من الثلث بل يخرج من الاصل مطلقا - و ما فيهما من التعليل ظاهر فى العموم لكل ما هو بمنزلة الدين فيشملان جميع الواجبات.

(و) يخرج (**الباقى من الثلث ويبدأ بالاول فالاول فى غير الواجب**) حتى يستوفى الثلث ويبطل فيما زاد عليه ان لم يجز الورثة - بلا خلاف فيه - ويشهد به خبر(٣) حمران عن ابى جعفر (ع) فى رجل اوصى عند موته وقال اعتق فلانا وفلانا حتى ذكر خمسة فنظر فى ثلثه فلم يبلغ ثلثه اثمان قيمة المماليك الخمسة الذين امر بعتقهم قال(ع) ينظر الى الذين سماهم وبدأ بعتقهم فيقومون وينظر الى ثلثه فيعتق منه اول شيء ذكر ثم الثانى والثالث ثم الرابع ثم الخامس فان عجز الثلث كان فى الذين سمى اخيرا لانه اعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك - وضعفه منجبر بالشهرة وبرواية ابن ابى محبوب المجمع على تصحيح ما يصح عنه عن موجبه - ومورده ان كان خاصا الا ان التعليل ظاهر فى العموم.

(**ولو جمع**) ما اوصى به من الواجب وغيره فى الثلث بان صرح باخراجه منه (**تساووا فى الثلث**) عملا بمقتضى الوصية و ح ان كان الثلث وافيا بالجميع فلا كلام والا فيبدأ بالواجب وان تاخر فى الذكر بلا خلاف ظاهر - والتعليل فى الصحيح (٤)

---

١ - ٢ - الوسائل - باب ٢٥ من ابواب وجوب الحج وشرايطه حديث -٤-٦

٣ - الوسائل باب ٦٦ من ابواب كتاب الوصايا حديث ١

٤ - الوسائل - باب ٦٥ - من ابواب كتاب الوصايا حديث ١

ان امرأة من اهلي ماتت واوصت الي بثلث مالها وامرت ان يعتق عنها و يتصدق ويحج عنها فنظرت فيه فلم يبلغ فقال عليه السلام ابدأ بالحج فانه فريضة من فرائض الله عزوجل و اجعل مابقي طائفة في العتق وطائفة في الصدقة الحديث. ظاهر في ذلك مضافا الى اولوية الواجب عن غيره مع حصول تيقن براءة الوصي بصرفه فيه بخلاف ما لو صرفه في غيره .

ثم انه ان اوصى بالازيد اوبتمام تركته ولم يعلم كونها في واجب حتى تنفذ اولا حتى يتوقف الزايد على اجازة الورثة وقد يقال كما عن سيد الرياض بالاول حيث انه وجه كلام والد الصدوق الظاهر في كون جميع الوصايا من الاصل بان مراده ما اذا لم يعلم كون الموصى به واجبا اولا واختار جماعة من المحققين منهم صاحب الجواهر ره وسيد العروة و غيرهما الثاني .

و استدل للاول - بحمل مادل من الاخبار على انه اذا او صى بماله كله فهو جائز وانه احق بماله مادام فيه الروح على ذلك - وبان مقتضى عمومات وجوب العمل بالوصية خروجها عن الاصل خرج عنها صورة العلم بكونها ندبية - وبانه اذا كانت الحالة السابقة هو الوجوب كما اذا علم وجوب الحج عليه سابقا ولم يعلم انه اتى به ام لا يجري الاستصحاب و يحكم بالخروج من الاصل - و باصالة الصحة في الوصية (ولكنها) جميعا ضعيفة - اما الاول فلما مر من ان تلك النصوص لابد من طرحها او حملها على خلاف ظاهرها - واما الثاني فلان الخارج عن عمومات وجوب العمل بالوصية الوصية بغير الواجب فيما زاد على الثلث فالتمسك بالعمومات ح تمسك بالعام في الشبهة المصداقية وهو لايجوز - و اما الثالث فلان استصحاب بقاء تكليف الميت لاينفع في تكليف الوارث لان تكليفه بالاخراج فرع تكليف الميت حتى يتعلق الحق باصل التركة وثبوت تكليف الميت فرع شكه واجرائه الاستصحاب لاشك الوارث وحال الميت غير معلوم انه متيقن باحد الطرفين اوشاك . ولايقاس المقام بما لو شك في نجاسة يد شخص وهو نائم مع العلم بنجاسته سابقا - الذي لااشكال في جريان الاستصحاب في بدنه مع ان

حال النائم غير معلومة اذفى المقيس عليه لايتوقف الحكم بنجاسته بالنسبة الى هذا الشخص على ثبوت نجاسته عنده واما فى المقام فوجوب الاخراج من الاصل فرع ثبوت تكليف الميت واشتغال ذمته بالنسبة اليه من حيث هو - واما الرابع فلان المراد من اصالة الصحة ان كان اصالة صحة الوصية وضعا فلا اساس لهذا الاصل وان كان المراد ان الاصل عدم تصرف الانسان فى مال غيره - فيرده ان هذا الاصل لايجرى فى المقام بعد عدم كون الايصاء بما للوارث معصية - فالمتحصل عدم تمامية شيء مما ذكروه فى وجه الخروج من الاصل .

وقد استدل للثانى اى عدم النفوذ مالم يثبت كونها بالواجب بظهور النصوص فى ذلك لان الظاهر منها انه يقف نفوذ الوصية على اجازة الورثة بمجرد اشتمال الوصية على الازيد من الثلث وانما خرج عن ذلك مالو علم كون ما اوصى به واجبا - وبعبارة اخرى ان المستفاد منها الحكم بعدم نفوذ الوصية حتى يعلم ان صدور ها منه بسبب من الاسباب التى توجب الخروج من الاصل عملا بظاهر مادل على تعلق حق الوارث بالزايد من الثلث حتى يعلم خلافه واصالة النفوذ فى الوصية على تقدير تسليمها انما هى حيث لاتعارض حق الغير ذكره صاحب الجواهر ره (وفيه) ان مادل على توقف نفوذ الوصية بالازيد من الثلث على اجازة الورثة انما هو فى مقام بيان الحكم الواقعى و خرج عنه الوصية بالواجب و هو فى المقام مشكوك فيه فالتمسك بذلك الدليل العام تمسك بالعام فى الشبهة المصداقية وهو غير جائز - واشكل منه استدلاله بظاهر مادل على تعلق حق الوارث بالزايد من الثلث حتى يعلم خلافه - اذلم تقف على ذلك الدليل المغيا بالغاية المشار اليها - واضعف من الجميع دعواه فى ذيل كلامه ان ادلة صحة الوصية بمازاد على الثلث مع وجود السبب المقتضى تعارض ادلة رد الوصية فيمازاد على الثلث والنسبة عموم من وجه وتقدم الثانية اذ الطائفة الثانية اخص مطلق من الاولى فتقدم عليها لذلك ولكنه لايصح الاستدلال بها فى المقام لمامر - فالحق ان يقال ان كون ماوصى به واجبا غير معلوم والاصل عدمه وبهذا الاصل الموضوعى يدخل فى الاخبار الدالة على عدم صحتها اذا كانت ازيد من الثلث اذ الخارج منها كونها بالواجب .

اذا اجاز الورثة ثم ادعوا الظن بقلة المال

سادسها - لو اوصى بمايزيد على الثلث فاجاز الورثة ثم قالوا ظننا انه قليل ففيه اقوال - الاول - انه ان كانت الوصية بمقدار من المال مشاع فى التركة كنصف ماله مثلا قضى عليهم بما ظنوه وعليهم الحلف على الزايد فلو قالوا ظننا انه الف درهم فبان الف دينار قضى عليهم بثلث الالف دينار بالوصية وسدس الالف درهم بالاجازة وان كانت بعين معينة كدار مثلا لم يلتفت الى دعواهم - ذكره جماعة من الاصحاب وفى الجواهر لا اجد فيه خلافا صريحا - الثانى - التسوية بين المسألتين فى القبول - حكى فى الجواهر الميل اليه من الدروس وجعله فى محكى التحرير وجها وعن القواعد احتمالا وفى المسالك لعله الاوجه - الثالث التسوية بينهما فى عدم القبول اختاره صاحب الجواهر وتبعه سيد العروة وجمع من محشيها .

واستدل للاول بانه انما يقبل قولهم فى المسألة الاولى لاصالة عدم العلم بالزايد مضافا الى ان المال مما يخفى غالباً - ولان دعواهم يمكن ان تكون صادقة ولايمكن الاطلاع على صدق ظنهم الا من قبلهم لان الظن من الامور النفسانية فلو لم يكتف فيه باليمين لزم الضرر لتعذر اقامة البينة على دعواهم - ولاصالة عدم الاجازة - وانما لايقبل فى الثانية لان الاجازة هنا تضمنت معلوما وهو الدار مثلا .

واستدل للثانى بالنسبة الى عدم القبول فى الاول بمامر - ولعدمه فى الثانية بان الاجازة وان وقعت على معلوم وهو الدار فى المثال لكن كونه مقدار الثلث اوماقاربه مماتسامحوا فيه مجهولا ولايعرف الا بمعرفة مجموع التركة والاصل عدمه - ولكن الاصول المشار اليها لااثر لها فى المقام اصلا وذلك لان الخلاف فى المقام ليس فى ماتعلقت الاجازة به فانه معلوم فى كلتا المسألتين وانما المجيز يدعى انه تخيل قلة مايجيزه .

وعليه فالحق ان يقال انه لابد من البناء على عدم الاعتناء بمايدعيه - وذلك لانه

قدتكرر منافی هذا الشرح ان الاثار الوضعية لاتتبع مافی النفس من الترجحات ولاتاثير فيها على الانشاء فلو اشترى شيئاً لغرض من الاغراض ولم يتحقق ذلك فی الخارج لايبطل الشراء ولا يثبت له الخيار - وهذا هو الفارق بين الاثار الوضعية والتكليفية فـان الاثار التكليفية تتبع الترجحات النفسانية و على ذلك ففی المقام بما ان الوارث اجاز الوصية الواقعة فی الخارج و كونه ظانا بقلة الموصی به من قبيل الاغراض والدواعی فتخلفه لايؤثر شيئا - فان قيل انه يكفی فی رفع اثر الاجازة حديث لا ضرر قلنا انه بناء على ما تقدمنا من ان المال الموصی به وان زاد على الثلث ينتقل من الموصی الی الموصی له لو اجاز الوارث يكون ذلك من قبيل عدم النفع لا الضرر فلامورد لحديث لاضرر - فالمتحصل ان الاظهر هو عدم القبول فی كلتا المسألتين و الله العالم .

المدار فی الثلث على حال الوفاة

سابعها - لاخلاف بين الاصحاب فی ان المدار فی اعتبار الثلث على حال وفاة الموصی لاحال الوصية وعن الخلاف الاجماع عليه - ويقتضيه ظهور الادلة بل صراحة بعضها ولا يخفي ان فی المقام مسألة اخرى خلطت بماهو عنوان هذه المسألة - وهی انه لوقال الموصی اعطوا ثلث مالی لزيد او نصفه او ربعه اوماشاكل اوقال ملكت هذا المقدار زيدا وفرضنا انه زاد ماله بعد الوصية قبل الوفاة - وهذه غير مسألتنا وهی مالو اوصی بشیء ثم مات وكان ذلك الشیء ازيد من ثلث ماله حين الوصية وبقدره او اقل حين الوفاة والحكم فی ماهو معنون فی المقام ماذكر - واما فی هذه المسألة فان كانت الزيادة متوقعا حصولها فالظاهر ايصاء الموصی قصده له ايضا والافظاهر انه غير قاصد له بل ظاهر الحمل ارادة حال الوصية كما فی ساير الموارد التی يحمل فيها العنوان على مايكون حال الخطاب - مثلا اذا قال لله علی ان اتصدق نصف مالي فالمراد حال النذر لامايتجدد بعد - والى هذا نظر المحقق الثانی قده حيث قال بعد ذكر ماهو محل الكلام وان المدار على الثلث حال الوفاة هذا يستقيم فيما اذا اوصی بقدر معلوم اما اذا اوصی بثلث تركته و

كان فى وقت الوصية قليلا فتجدد له مال كثير بالارث او الوصية او بالاكتساب ففى تعلق الوصية بثلث المتجدد مع عدم العلم بارادة الموصى للموجود وقت الوصية و المتجدد نظر ظاهر منشأه قرائن الاحوال على ان الموصى لم يرد ثلث المتجدد حيث لايكون تجدده متوقعا ـ و قد تقدم الاشكال فيما لو اوصى لاقرب الناس اليه وله ابن و ابن ابن فمات الابن فان استحقاق ابن الابن لها لايخلو من تردد انتهى ـ

و محصل الفرق بين المسألتين انه فيما هو عنوان البحث يكون النفوذ بمقدار الثلث حكما شرعيا غير منشأ للموصى فالمتبع فيه الدليل و قد مر ظهوره فى الثلث حين الوفاة ـ واما فى هذه المسألة فالثلث هو مورد انشاء الموصى وفيه لابد من رعاية انشائه ولاريب انه يكون منشأ ثلث مايتجدد اذا لم يكن متوقعا حصوله ـ نعم لو احتمل حصول او انشأ ثلث ماهو داخل فى ملكه حين الوفاة لااشكال ح فى ان المدار عليه ايضا الا انه غير ماهو معنون فى المسألة الثانية ـ فلايرد على المحقق الثانى ماافاده سيد العروة بانه يلزم العمل باطلاق الوصية الا اذا كان هناك قرينة قطعية على عدم ارادته الزيادة المتجددة ـ اذ يضعف ماأورده اولا ماعرفت من انه فى مفروض جامع المقاصد القرينة القطعية على عدم ارادة الزيادة المتجددة موجودة ـ وثانيا انه يكفى فى رفع اليد عن الاطلاق وجود مايصلح للقرينية ولايعتبر القرينة القطعية هذا مايقتضيه القاعدة .

ولكن فى المقام نصوصاً خاصة تدل على ان المال المتجدد ايضا يلاحظ فى مثل هذه الوصية ـ لاحظ صحيح (١) محمد بن قيس قلت له رجل اوصى لرجل بوصية من ماله ثلث اوربع فيقتل الرجل خطئاً يعنى الموصى فقال (ع) يجاز لهذه الوصية من ماله ومن ديته وخبر (٢) السكونى عن ابى عبدالله (ع) قال امير المؤمنين (ع) من اوصى بثلثه ثم قتل خطئاً فان ثلث ديته داخل فى وصيته ونحوهما غيرهما فان الظاهر ان الحكم بجواز الوصية من ديته التى هى مال لم يكن يتوقعه ـ من جهة كونها مالا له لا لخصوصية فى الدية ـ وعليه فالبناء على ان المدار فى هذه المسألة ايضا على القدر المشاع فى

١ـ٢ـ الوسائل ـ باب ١٤ ـ من ابواب كتاب الوصايا حديث ١ـ٢

مجموع المال الموجود حال الوفاة اوجه وبماذكرناه يظهر انه لافرق في احتساب الدية من التركة وخروج الثلث منها بين ما اذا كان القتل خطئاً ـ أو كان عمداً أو صالح اوليائه قاتله على الدية ـ بواسطة النصوص الدالة على ان تلك الدية ايضا بحكم مال الميت لاحظ ـ خبر(١) عبدالحميد عن ابى الحسن الرضا(ع) عن رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا واتخذ اهله الدية من قاتله عليهم ان يقضوا دينه ـ قال(ع) نعم قلت وهو لم يترك شيئا قال(ع) انما اخذوا الدية فعليهم ان يقضوا دينه ـ ونحوه خبر يحيى (٢) الازرق عن ابى الحسن(ع) فان اطلاقهما شامل للعمد ـ وخبر(٣) ابى بصير عن ابى الحسن موسى بن جعفر(ع) قال قلت فان هو قتل عمدا وصالح اوليائه قاتله على الدية فعلى من الدين على اوليائه ام من الدية او على امام المسلمين ـ فقال(ع) بل يؤدوا دينه من ديته التى صالح عليها اوليائه فانه احق بدينه من غيره .

حكم الوصية المبهمة

١٤ ـ فى الوصايا المبهمة (ولو اوصى بجزء ماله) ولم يكن هناك قرينة من عرف اوعادة على تعيينه(ف) فيه قولان (احدهما) ماعن المفيد والاسكافى والديلمى و القاضى وابن زهرة والمصنف ره هنا وجماعة ـ وهو انه كان الموصى به (السبع) وهو المنسوب الى الاكثر بل عن ابن زهرة الاجماع عليه (ثانيهما) كونه العشر ذهب اليه الصدوقان والطوسى فى كتابى الاخبار والمصنف ره فى المختلف وولده والشهيد فى الدروس واللمعة و المحقق الثانى ـ ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص فيدل على الاول نصوص كصحيح(٤) البزنطى عن ابى الحسن(ع) عن رجل اوصى بجزء من ماله

---

١ ـ ٢ ـ الوسائل ـ باب ٢٤ ـ من ابواب الدين والقرض ـ حديث ١

٣ ـ الوافى ـ باب اولياء الدم من ابواب القصاص ج٢ ـ ص١٩٢ ـ

٤ ـ ذكر فى صدره فى الوسائل ـ باب ٥٤ ـ من ابواب الوصايا حديث ١٢ وذيله فى باب ٥٥ منها حديث ١

فقال واحد من سبعة ان الله تعالى يقول لها سبعة ابواب لكل باب منها جزء مقسوم - قلت رجل اوصى بسهم من ماله فقال(ع) السهم واحد من ثمانية ثم قرأ انما الصدقات.. الخ ومثله صحيح(١) اسماعيل بن همام ونحوهما غيرهما - ويشهد للثاني روايات كثيرة مستفيضة كادت تبلغ التواتر - كخبر(٢) عبدالله بن سنان عن عبدالرحمان بن سيابة قال ان امرأة اوصت الي وقالت ثلثي يقضى به ديني وجزء منه لفلان فسالت ابن ابي ليلى فقال مادرى ما الجزء - فسألت اباعبدالله(ع) عن ذلك فقال كذب ابن ابي ليلى لها عشر الثلث ان الله تعالى امر ابراهيم فقال اجعل على كل جبل منهن جزء وكانت الجبال يومئذ عشرة فالجزء هو العشر من الشيء - وفي معناه خبر(٣) معاوية بن عمار عنه(ع) ومثله (٤) حسن ابان بن تغلب عن ابي جعفر (ع) وخبر(٥) ابي بصير عن ابي عبدالله(ع) وغير تلكم من الاخبار وهذه وان كانت اكثرها ضعيفة السند - الا ان فيها الحسن بل و الصحيح فان المصنف ره في محكي المختلف ذكر ان حديث ابن سنان صحيح ولم يذكر في سنده ابن سيابة بل جعل الراوي عن الامام عبد الله بن سنان بلاواسطة وقد رواه الشيخ كـك في الاستبصار فيكون صحيحا - وكك الشهيد في محكي الدروس جعله صحيحاً - فالطائفتان متعارضتان - وحيث ان كلا من القولين مشهور بين الاصحاب فلامورد للمرجح الاول من مرجحات باب التعارض فيتعين الرجوع الى ثاني المرجحات وهي صفات الراوي - وهي تقتضي تقديم النصوص الاولة لاصحية اسنادها - فالمتجه انه السبع .

(٩) لو اوصى ؛ (السهم) كان الموصي بـه هو (الثمن) على الاظهر الاشهر بل عليه عامة من تاخر كما في الرياض و النصوص (٦) دالة عليه - كصحيح البزنطي المتقدم و غيره - وعن الصدوق والشيخ و ابن زهرة انه السدس للرضوي (٧) و

١-٢-٣-٤- الوسائل باب ٥٤ - من ابواب كتاب الوصايا - حديث ١٣-٢-٣-١-١٩

٦- الوسائل باب ٥٥- من ابواب كتاب الوصايا

٧- المستدرك باب ٤٧ - من ابواب الوصايا حديث ٣

العامي (١) وقول (٢) اياس بن معاوية ـ والكل كماترى (و) لو اوصى بـ(الشيء) من ماله كان هو (السدس) بلاخلاف والنصوص (٣) هنامتفقة.

(ولواوصى بمثل نصيب احد الورثة صحت من الثلث فان لم يزد اواجازوا كان الموصى له كاحدهم) غاية الامرهم يرثون المال بالارث و هذا بالوصية. **(فلواوصى بمثل نصيب ابنه وليس له سواه اعطى النصف مع الاجازة والثلث بدونها ولو كان له ابنان ـ فالثلث ولواختلفوا)** كمالو كان له ابن و بنت وقال اعطوا زيدا كاحد ولدي ـ **(اعطى الاقل الا ان يعين الاكثر)** لان ذلك هو المتيقن و الزايد مشكوك فيه هذا هو المشهور بين الاصحاب. ومحصله ان الموصى له يكون بمنزلة وارث آخر فيضاف الى الورثة ويتساوى الموصى له والورثة ان تساووا وان تفاضلوا جعل كاقلهم نصيبا (وعن) جماعة من العامة انه يعطى مثل نصيب المعين اومثل نصيب احدهم اذا كانوا متساويين من اصل المال ـ ويقسم الباقي بين الورثة ـ ان تعددوا لان نصيب الوارث قبل الوصية من اصل المال فاذا اوصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية بجميع المال وان كان له اثنان فبنصفه. وان كانوا ثلثة فبثلثه (ومال) اليه المصنف ره في محكي التحرير وجعله قريبا من الصواب ثم رجح مذهب الاصحاب واجاب عن حجتهم ـ بان التماثل يقتضي شيئين والوارث لايستحق شيئا الابعد الوصية النافذة بالوارث الموصى له بمثل نصيبه ولانصيب له الابعد الوصية فح يجب ان يكون مال الموصى له مما ثلا لنصيبه بعد الوصية وعلى ما ذكروه من ان الوصية مع الواحد بالجميع ومع الاثنين بالنصف ومع الثلاثة بالثلث لايكون هناك نصيب للوارث مماثل لنصيب الموصى له وهو خلاف مدلول الوصية فيكون تبديلا لها والضابط عندنا ان يعتبر نصيب الموصى له بعد الوصية فيقام فريضة الميراث ويزاد عليها مثل سهم الموصى بنصيبه و عند اولئك الباقين يعتبر نصيب الموصى له بنصيبه لو لم يكن وصية ـ انتهى.

١ـ٢ـ التذكرة ج٢ص٤٩٦

٣ـ الوسائل ـ باب ٥٦ ـ من ابواب الوصايا ـ والمستدرك باب ٤٨ منها

حكم نسيان مورد الوصية

-٥- (ولو) اوصى بوجوه فـ(نسي الوصي وجها) منها او اكثر صرف المنسى فى وجوه البر - وكذا لو نسي جميع الوجوه - او كان وجها واحدا فنسيه - او لم يعلم به من الاول او غير ذلك مما تعذر الصرف فى مصرفها كما هو المشهور بين الاصحاب - وعن الشيخ قده فى بعض فتاويه والحلى والمصنف هنا انه : (رجع ميراثا) يشهد للاول خبر(١) محمد بن الريان كتبت الى ابى الحسن عليه السلام اسأله عن انسان اوصى بوصية فلم يحفظ الوصى الا بابا واحدا كيف يصنع فى الباقي فوقع عليه السلام الابواب الباقية اجعلها فى البر - وخبر(٢) ابن ابى عمير عن زيد النرسى عن صاحب السابرى اوصى الى رجل بتركته فامرنى ان احج بها عنه فنظرت فى ذلك فاذا هى شيء يسير لايكفى للحج فسألت اباحنيفة وفقهاء اهل الكوفة فقالوا تصدق بها عنه الى ان قال فلقيت جعفر بن محمد - عليهما السلام فى الحجر - الى ان قال فقال ما صنعت قلت تصدقت بها قال (ع) ضمنت الا ان لا يكون يبلغ ما يحج به من مكة فان كان لايبلغ ما يحج به من مكة فليس عليك ضمان وان كان يبلغ ما يحج به من مكة فانت ضامن - ويعضدهما النصوص الكثيرة الواردة فى نظائر المسألة - لاحظ ماورد(٣) فى المنذور للكعبة - وماورد(٤) في الوصية بالف درهم لها - قال الصدوق روى(٥) عن الائمة عليهم السلام ان الكعبة لاتا كل ولا تشرب وما جعل هديا لها فهو لزوارها - وقريب منه غيره ونحوه ماورد فى غير ذينك الموردين - فان المستفاد من تلكم النصوص ان كل ما اوصى به لوجه فنسى ذلك بالكلية او تعذر صرفه فيه يصرف فى وجوه البر فعلى هذا لايصغى الى مااستدل به للقول الاخر ببطلان الوصية بامتناع القيام بها - مع ان الملازمة ممنوعة - وايضا فان المال خرج عن ملك الوصى فلاموجب لرجوعه ميراثا .

---

١ - الوسائل باب ٦١ من ابواب كتاب الوصايا حديث١

٢ - الوسائل باب ٣٧ - من ابواب كتاب الوصايا حديث٢

٣ - ٤ - الوسائل باب ٢٢ - من ابواب مقدمات الطواف من كتاب الحج

ثم ان ذلك كله فيما لو اوصى لجهة من الجهات او لطائفة من الطوائف غير المعلومة اولشخص مرددبين اشخاص غيرمحصورين - واما لو اوصى لشخص وتردد بين شخصين او اشخاص محصورين فالنصوص المتقدمة غير شاملة له. اما غير الاول منها فواضح - واما الاول فلان مورده عدم حفظ الوصي بقول مطلق فلا يشمل مالو حفظ في الجملة - وفي مثل ذلك لابدمن الرجوع الى القاعدة في المال المردد بين شخصين او اشخاص، وهي تقتضي التوزيع بالسوية كما مر الكلام في ذلك غير مرة .

حكم الوصايا المتضادة

-١٦- لاخلاف (و) لااشكال في انه (يعمل بالاخير من المتضادين فان لم يتضادا عمل بهما) ان لم يزدا على الثلث (ولو قصر الثلث بدأ بالاول فالاول) وتحقيق القول ببيان امور .

الاول انه يتحقق التضاد باتحاد الموصى به واختلاف الموصى له كما لو اوصى بدار معينة لزيد ثم اوصى بها لعمرو - او اوصى بمبلغ معين لزيد ثم قال ما اوصيت به لزيد فهو لعمرو - والظاهر انه لااشكال في انه يعمل بالاخيرة من الوصيتين لان الثانية ح تكون رجوعا عن الاولى ولكنه يتم مع عدم نسيان الاولى واما مع نسيانها والذهول عنها فلايكون هذه رجوعا عن الاولى .

الثاني انه لو كانت كل من الوصيتين مطلقة كما اذا اوصى لزيد بمائة ثم اوصى لعمرو بمائة - او اوصى لزيد بدار ثم اوصى بدار آخر لعمرو وزادتا على الثلث - صحت الاولى وتوقفت الثانية على الاجازة كما مر الكلام فيه - وعرفت ان ماورد من النص في العتق بواسطة ما فيه من التعليل يدل على ذلك .

الثالث انه لو اوصى بثلثه لواحد وبثلثه لاخر - فهل هي وصايا متضادة فيعمل بالاخيرة - ام لا فبالاولى - قال الشهيد في المسالك ان كلام الاصحاب قد اختلف فيها اختلافا كثيراً وكذا الفتوى حتى من الرجل الواحد في الكتب المتعددة بل الكتاب الواحد

انتهى -وملخص القول فيه - انه قد يقال كما عن الحلى والمحقق الشيخ على - ان الاصل في الوصية ان تكون نافذة فيجب حملها على مايقتضى النفوذ بحسب الامكان وانما تكون الثانية نافذة اذا كان متعلقها هو الثلث الذي يجوز للمريض الوصية به فيجب حملها عليه كما يجب حمل اطلاق بيع الشريك النصف على استحقاقه حملا للبيع على معناه الحقيقي وح فيتحقق التضاد في مثل مالو قال اوصيت بثلث لزيد وبثلث لعمرو فيكون الثاني ناسخا للاول فيقدم واولى منه مالو قال ثلث مالى (ولكن) يتوجه عليهما مافاده في المسالك قال ان الاطلاق في الوصية وغيرها من العقود انما يحمل على الصحيح اما النافذة بحيث لايترتب عليه فسخ بوجه فلا اعتبار به قطعا الاترى ان الوصية بجميع المال توصف بالصحة ووقوف مازاد على الثلث على الاجازة ولايقول احد انها ليست صحيحة الى ان قال لان جميع التركة مستحقة للموصى حال حياته اجماعا فقد اوصى بما يستحقه ومن ثم حكموا بصحة وصيته بمازاد على الثلث وصحة هبته له وان توقف على اجازة الورثة انتهى وان شئت قلت ان اطلاق الوصية انما يقتضى ارادة معنى ماتعلقت به واما الصحة والفساد شرعا بمعنى النفوذ لعدم المانع او عدمه لمانع اولفقد شرط فخارجتان عن مدلول الوصية فحيث ان الوصية الثانية تعلقت بما اخرجه قبل ذلك عن ملكه فهي مقرونة بالمانع فلا تصح الامع الاجازة والى ذلك اشار الامام (ع) في الصحيح المتقدم لانه اعتق بعد مبلغ الثلث مالايملك فلا يجوز له ذلك - نعم - لو قال لزيد ثلثي ثم قال ثلثي لعمرو كان الثاني فسخا للاول ومضادا معه اذ ظاهرهما انه اوصى بشيء واحد مرتين - فتدبر حتى لايشتبه عليك الامر .

مايثبت به الوصية

١٧-(وتثبت الوصية بالمال بشاهدين عدلين وبشاهد وامرأتين وبشاهد ويمين واربع نساء وتقبل الواحدة في الربع والاثنتان في النصف والثلث في الثلاثة ارباع ولا تثبت الولاية الا برجلين) بلا خلاف ظاهر في شيء من تلكم وقد

اشبعنا الكلام فى الجميع بل وفى شهادة اهل الذمة بها وفروعها فى كتاب الشهادات - وسيمر عليك فلاارى وجها لاعادة ماذكرناه .

١٨- (وتصرفات المريض من الثلث وان كانت منجزة) عند المصنف ره وجماعة وقد مر فى كتاب الحجر تفصيل الكلام فى ذلك وعرفت ان الاظهر كون منجزات المريض من الاصل لامن الثلث .

حكم اقرار المريض بالدين

(واما الاقرار) فى حال المرض الذى يموت فيه (ف) فيه اقوال - احدها - انه ينفذ من الاصل مطلقا وهو مذهب الديلمى والحلى مدعيا عليه الاجماع - ثانيها - انه **(ان كان متهما)** فمن الثلث واليه اشار المصنف ره بقوله **(فكك - والا فمن الاصل)** وهو مذهب الشيخين والمصنف ره والمحقق والاكثر - واضاف جمع منهم قيداً آخر لخروجه من الاصل وهو كونه عادلا - ثالثها - انه ان كان الاقرار لاجنبى فالتفصيل بين كونه متهما فمن الثلث و غير متهم فمن الاصل وان كان للوارث فمن الثلث مطلقا وهو مذهب المحقق فى النافع - رابعها - تعميم الحكم للاجنبى بكونه من الاصل وتقييد ذلك فى الوارث بعدم التهمة نقله فى الحدائق ولم يذكر قائله وهناك اقوال اخر وقد انهاها بعضهم الى سبعة - والكلام تارة فيما يقتضيه القواعد و اخرى فيما يقتضيه النصوص الخاصة - اما القواعد فهى تقتضى خروجه من الاصل مطلقا - لعموم مادل على ان(١) اقرار العقلاء على انفسهم جائز - ولما قيل من انه باقراره يريد ابراء ذمته من حق عليه ولا يمكن التوصل اليه الا بالاقرار فلو لم يقبل اقراره بقيت ذمته مشغولة وبقى المقر له ممنوعا من حقه و كلاهما مفسدة واقتضت الحكمة قبول قوله - والايراد على الثانى كما فى الحدائق والرياض بانه كما يحتمل ان يكون الاقرار لماذكره يحتمل ان يكون لمجرد

١- الوسائل باب ٣ من ابواب الاقرار

حرمان الوارث و منعه وان ذمته غير مشغولة- يندفع بمااخترناه من كون منجزات المريض من الاصل فلو كان قصده ذلك كان له التوصل اليه بالهبة وغيرها- واما النصوص الخاصة فهي طوائف -منها - مايدل على ان الاقرار ان كان للوارث يفصل بين كونه منهما فمن الثلث وغير متهم فمن الاصل -كصحيح (١) منصور بن حازم عن ابى عبدالله عليه السلام عن رجل اوصى لبعض ورثته ان له عليه دينا فقال عليه السلام ان كان الميت مرضيا فاعطه الذى اوصى له و مثله غيره - والمراد بالمرضى ليس هو كونه عدلا بل ظاهره ما يقابل كونه متهما - و منها مايدل على هذا التفصيل بالنسبة الى الاقرار للاجنبى كصحيح (٢) ابن مسكان عن العلا بياع السابرى عن ابى عبدالله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلا مالا فلما حضرها الموت قالت له ان المال الذي دفعته اليك لفلانة و ماتت المرئة فاتى اوليائها الرجل فقالوا له انه كان لصاحبتنا مال ولا نراه الاعندك فاحلف لنا مالها قبلك شيء افيحلف لهم فقال عليه السلام ان كانت مامونة فيحلف لهم و ان كانت متهمة فلا يحلف و يضع الامر على ماكان فانما لها من مالها ثلثه - و هاتان الطائفتان لاتعارض بينهما - و منها مايدل على ان المقربه للوارث مطلقا يخرج من الثلث كصحيح (٣) اسماعيل بن جابر عنه عليه السلام عن رجل اقر لوارث له و هو مريض بدين له عليه قال عليه السلام يجوز عليه اذا اقر به دون الثلث - وفى المسالك ان ظاهره غير مراد لانه اعتبر نقصان المقربه عن الثلث وليس ذلك شرطا اجماعا -وفيه - ان الظاهر منه ارادة الثلث فما دون فقد وقع التعبير بمثل هذه العبارة فى جملة من موارد الاحكام وعليه حمل قوله (٤) تعالى « فان كن نساء فوق اثنتين » اى اثنتين فمافوق فلااشكال من هذه الجهة- لكنه اعم مطلق من الطائفة الاولى فيقيد اطلاقه بها - و منها ماظاهره الاخراج من الاصل

١-٢-٣- الوسائل- باب ١٦ من ابواب كتاب الوصايا -حديث ١-٢-٣

٤- النساء آية ١١

فى الاقرار للوارث كصحيح (١) ابى ولاد عن ابى عبدالله ﷺ عن رجل مريض اقر عندالموت لوارث بدين لهعليه قال يجوز لهذلك الحديث - وهذه الطائفة ايضا اعم مطلق من الاولى فيقيد اطلاقها بها - ومنهامايدل على رد الاقرار مطلقـا - كخبر (٢) السكونى عن جعفر عن ابيهعن على ﷺ انه كان يرد النحلة فى الوصية - و مااقربه عند موته بلاثبت ولابينة رده - فان الظاهر ان المراد من قوله يـرد النحلة فى الوصية انه يجعلها من قبيلها فيكون الجار والمجرور متعلقا بيرد - وقولهومااقـربه ... الخ جملة اخرى و دالةعلى ردالاقرار مطلقا - ولكنهحيث لم يعمل بظاهره احد فلذاحمله الشيخ على ارادة رده من الاصل و ان اخرج من الثلث - فيقيدح اطلاقه بالطائفتين الاوليتين ومنها ماتضمن التفصيل بين كونهمليا وغيره - كصحيح (٣) الحلبى عن ابى عبدالله ﷺ عن رجل اقر لوارث بدين فى مرضه ايجوز ذلك قال ﷺ نعم اذا كان مليـا و نحوه صحيحه (٤) الاخرعنه ﷺ والضمير الذى يكون اسم كان يحتمل رجوعه الى الوارث و الغرض من ذكر ملائته كون ذلك قرينة على صدق المقرله - ويحتمل رجوعه الى المقر و يجعل ذلك كناية عن صدقه وامانته - وعلى التقديرين يتحد مفادهما مـع مفاد الاولى - وانما يجعل الملائة كناية عماذكر - من جهة عدم القائل بظاهرها - فالمتحصل مماذكرناه ان المستفاد من مجموع النصوص بعدرد بعضها الى بعض انـه ان كان المقرمتهما فيخرج من الثلث - والافمن الاصل - ثم انه لايهمنا البحث فى ان العدالة و عدم الاتهام متساويان بحسب المصاديق وان العادل غيرمتهم و الفاسق متهم كما عن التذكرة - ام تكون النسبة بينهما عموما مـن وجه فرب عادل بحسب الموازيـن الظاهرية متهم - ورب فاسق موثوق به من هذه الجهة كماهو الاظهر بعد كون المدار على الاتهام وعدمه وان الظاهر من كونه مرضيا كونهغير متهم لاعادلا .

---

١ - ٢- الوسائل -باب١٦ - من ابواب كتاب الوصايا -حديث -٢-١٢

٣-٤- الوسائل -باب١٦ من ابواب كتاب الوصايا -حديث٧ -٥

ثم ان الماخوذ في بعض النصوص - الاقرار عند حضور الموت و في بعضها الاقرار وهو مريض - ومقتضى الجمع بين الاخبار هو البناء على ان الموضوع هو الاقرار في مرض الموت بشرط كونه قريبا منه عرفا (و) اما ماقاله المصنف ره ان (**هذا الحكم يتعلق بمطلق المرض الذى يحصل به الموت وان لم يكن مخوفا**) فمراده الاطلاق من حيث كون المرض مخوفا اوغير مخوف لا من حيث ما يتطاول مدته بعد الاقرار و غيره - فعلى هذا لو اقر في ابتداء السل و طال مرضه الى ان مات لايكون اقراره مشمولا لهذا الحكم - والى هذا نظر المصنف ره في محكى التذكرة حيث نقل في السل اقوالا منها انه ليس بمخوف في ابتدائه وان كان مخوفا في آخره لان مدته يتطاول فابتدائه لايخاف منه الموت عاجلا فاذا انتهى خيف .

احتساب ارش الجناية والدية من التركة

١٨- (**ويحتسب من التركة ارش الجناية والدية**) فتعلق بهما الديون والوصايا وساير مايتعلق بالتركة - من غير فرق في الدية بين دية الخطاء ودية العمد - ويشهد بذلك النصوص (١) الكثيرة الواردة في الابواب المتفرقة وقدمر الكلام في الدية في آخر المسألة الثالث عشرة - وبه يظهر حال ارش الجناية مع ان النص الخاص دال عليه - وربما يقال ان الحكم فيهما موافق للاعتبار لان الميت احق بنفسه من غيره ووجهه بعض الاساطين بانه لماكان المقتول عمدا اومن اورد عليه الجناية هو الذى ملك نفس قاتله عوضا عنه اوملك ايراد الجناية بمثل ما اورد عليه وكانت الولاية على ماملكه عفوا اواستيفاء اوابدالا بالمال لوليه فلو صالح القاتل بالدية - والجاني بالارش تدخل هي في ملكه لا في ملك الولي فيكون سبيلهما سبيل ساير امواله - وكيف كان النصوص الخاصة تغنينا عن هذه الوجوه الاعتبارية .

١- الوسائل باب ٢٤ من ابواب الدين - وباب ١٤ - و ٣١ من ابواب الوصايا - وباب ٥٩ من القصاص في النفس - وباب ٢٣ من ابواب الدية في النفس.

١٩ - **وتصح الوصية على كل من للموصى عليه ولاية تصرف كالاب ولو انتفت صحت في اخراج الحقوق عنه)** وقدمر الكلام في هذه المسألة في ذيل المطلب الثاني في شرائط الموصى وعرفت انه انما يصح وصية الاب والجد بالولاية على الصغار ولا تصح وصية الحاكم والوصى بها وعرفت حكم وصية الاب أو الجد بها مع وجود الاخر كما عرفت حكم الوصية باخراج الحقوق وما شاكل .

بقي الكلام في ما يتعلق بخصوص هذه العبارة فان قوله يصح الوصية على كل من للموصى ... الخ - يدخل فيه وصية الاب مع وجود الجد فانه يصدق ان الموصى له عليه ولاية - مع ان المشهور المنصور انه ليس له جعل الولاية للغير مع وجود الجد ثم انه لو اوصى في اخراج الحقوق الى غير الورثة وكانوا كبارا ليس للوصى التصرف في التركة لاجل ذلك الا باذنهم اما لانهم شركاء في المال - او لان تمام المال لهم - على القولين في انتقال التركة اليهم بالموت مطلقا - بمقدار لا يقابل الموصى به والدين فان اذنوا فلا كلام والا جبرهم على الاداء من المال او من اموالهم الاخر فان لم يمكن ذلك رفع امره الى الحاكم ليلزمهم باحد الامرين - وان لم يمكن ذلك ايضا جاز له ان يبيع من التركة ما يقضى به الوصية ويوفى به الدين .

حكم الوصية باخراج الولد من الميراث

٢٠ - **(ولو اوصى باخراج بعض ولده من الميراث لم تصح)** بلا خلاف فيه في الجملة بل عليه الاجماع اذ لم يخالف في المسالة بكليتها غير الصدوقين والشيخ والاولان التزما بالصحة في الولد الذى قد احدث الحدث المذكور في الخبر الاتى - والشيخ التزم بها فيه في الجملة حملا للخبر الاتى على انه قضية في واقعة - وعلى ذلك فالاجماع على عدم الصحة في الجملة ثابت - وكيف كان فيشهد للبطلان مضافا الى ذلك - والى انها مخالفة للكتاب والسنة فتلغو - والى انها من الحيف في الوصية الذى

وردفيه(١) انه من الكبائر - خبر(٢) السكونى عن جعفر عن ابيه عن على عليهم السلام مابالى اضررت بولدى (بورثتى خ‌ل) اوسرقتهم ذلك المال - وخبر(٣) مسعدة عن جعفر بن محمد عن ابيه عليهما السلام من عدل فى وصيته كان كمن تصدق بها فى حياته ومن جار فى وصيته لقى الله عزوجل يوم القيامة وهو عنه معرض - وصحيح (٤) سعد بن سعد عن الرضا عليه السلام فى رجل كان له ابن يدعيه فنفاه و اخرجه من الميراث وانا وصيه فكيف اصنع فقال عليه السلام لزمه الولد لاقراره بالمشهد لايدفعه الوصى عن شيء قد علمه .

وبازاء تلكم - مارواه (٥) الصدوق والشيخ عن وصى علي بن السرى قلت لابى الحسن موسى(ع) ان على بن السرى توفى واوصى الى فقال‌ره فقلت وان ابنه جعفر وقع على ام ولد له فامرنى ان اخرجه من الميراث فقال(ع) لى اخرجه ان كنت صادقا فسيصيبه خبل قال فرجعت فقدمنى الى ابى يوسف القاضى فقال له اصلحك الله انا جعفر ابن على السرى وهذا وصى ابى فمره فليدفع الى ميراثى من ابى فقال لى ماتقول فقلت له نعم هذا جعفر بن على السرى وانا وصى على بن السرى قال فادفع اليه ماله فقلت اريد ان اكلمك فقال فادن فدنوت حتى لايسمع احد كلامى فقلت له هذا وقع على ام ولد لابيه فامرنى ابوه واوصى الى ان اخرجه من الميراث ولا اورثه شيئاً فاتيت موسى بن جعفر بالمدينة فاخبرته و سألته فامرنى ان اخرجه من الميراث ولا اورثه شيئا فقال الله ان ابا الحسن امرك فقلت نعم فاستحلفنى ثلاثا ثم قال انفذ ما امرك فالقول قوله قال الوصى فاصابه الخبل بعد ذلك (ولكن) وصى السرى الراوى للخبر مجهول الاسم و الوثاقة

١- الوسائل - باب ٤٦ - من ابواب جهاد النفس

٢- الوسائل - باب ٥ - من ابواب الوصايا - حديث ١

٣- الوسائل باب ٨ من ابواب الوصايا حديث ٢

٤-٥- الوسائل - باب ٩٠ - من ابواب الوصايا - حديث ١-٢

ولايعمل بخبره وايضاًفى طريقه المعلى وهو مشترك بين الثقة والضعيف ـ مع ـ ان الاصحاب اعرضوا عنه وهو معارض بمامر فلا سبيل الى العمل به .

ثم انه على القول بعدم الصحة وقع الخلاف فى انها تبطل رأسا كما عن الاكثر ـ ام تكون هذه الوصية جارية مجرى الوصية بجميع ماله لمن عدا الولد فتمضى فى الثلث خاصة ان لم يجز الولد ويكون للمخرج نصيبه من الباقى بموجب الفريضة وهو مختار المصنف ره فى محكى المختلف وعن الخراسانى انه استظهره (وجه) الاول ان اخراجه من الميراث اعم من الوصية بالمال لباقى الورثة وان لزم رجوع الحصة اليهم الا ان ذلك ليس للوصية بل لاستحقاقهم التركة حيث لا نوارث وربما لا يعلم حين الوصية من يرثه ولايخطر بباله فلادلالة فى اللفظ مطابقة ولاتضمنا ولاالتزاما (ولكن) يرد عليه انه كمالو اوصى باخراجه من الثلث لا اشكال فى الصحة ويكون ذلك وصية بصرف الثلث فى غيره فكك فى المقام فانه لايعتبر فى الوصية سوى العهد بما اراده ولايعتبر فيها قصد عنوان الوصية و على ذلك فالايصاء باخراجه من الميراث ايصاء بصرف المال كله فى باقى الورثة فيترتب عليها حكمها فما افاده المصنف ره اوجه .

كتاب الشفعة

الذى ذكره المصنف ره فى آخر كتاب المتاجر ـ ولكنا حيث اكتفينا بكتابنا منهاج الفقاهة فى شرح المكاسب للشيخ الاعظم ره ـ الذى هو اربع مجلدات و استوفينا البحث فيمايرجع الى المتاجر من المباحث ـ عن شرح كتاب المتاجر للتبصرة فرأينا انه بقى المسائل المتعلقة بالشفعة التى تعرض لها المصنف ره فاحببنا ادراجها فى المقام ـ لئلا يفوت عنا باب من ابواب الفقه ـ لم نكتبه فى هذا الشرح .

وكيف كان فهى عبارة عن استحقاق احد الشريكين حصة شريكه بسبب انتقالها بالبيع ـ و الاصل فى شرعيتها بعد الاجماع المحقق و المحكى مستفيضا ـ النصوص المتواترة التى ستمر عليك جملة منها فى ضمن المسائل الاتية ـ فلا اشكال فى انه

(اذاباع احدالشريكين حصته في ملكه كان للاخر الشفعة) غاية الامر **(بشروط)** - وتنقيح القول فيه فى مقامات -

ماتثبت فيه الشفعة

الاول فيماتثبت فيه الشفعة لاخلاف بين الاصحاب كمانقله غيرواحد فى ثبوتها فـي العقار الثابت القابـل للقسمة كالا راضـي والبساتين والمساكـن وفـي الشرايع والنافع والمسالك وغيرهـا الاجماع عليه وفـي الجواهـر عليه الاجمـاع بقسميه بل المحكى منهمامستفيض اومتواتر - كالنصوص من الطرفين - وانماالخلاف فى غير ذلك من الاموال - وفيه اقوال كثيرة - ذهب اكثر المتقدمين وجماعة من المتاخرين منهم الشيخان وابن الجنيد وابو الصلاح وابن ادريس الى ثبوتها فى كل مبيع منقولا كان ام لاقابلا للقسمة ام لا - وقيده اخرون بـ (**ان يكون الملك ممايصح قسمته**) - وعن جماعة و هم اكثر المتاخرين اختصاصها بغير المنقول عادة مما يقبل القسمة و منشأ الاختلاف اختلاف النصوص - و تنقيح القول بالبحث فى موردين - احدهما فى اختصاصها بغير المنقول و عدمه - الثانى فى انه هل تختص الشفعة بمايصح قسمته ام تعم غيره .

اما الاول فيشهد لثبوتها فى كل مبيع منقولا كان اوغيرمنقول مرسل(١) يونس عن بعض رجاله عن ابى عبدالله عليه السلام عن الشفعة لمن هى وفى اى شيء هى ولمن تصلح وهل تكون فى الحيوان شفعة و كيف هى فقال عليه السلام الشفعة جائزة فى كل شيء من حيوان او ارض اومتاع اذا كان الشيء بين شريكين لاغيرهما فباع احدهما نصيبه فشريكه احق به من غيره وان زاد على الاثنين فلاشفعة لاحدمنهم - ورواه الصدوق مرسلا الاانه قال الشفعة واجبة - و هـذا الخبر دلالته واضحة - و سنده قوى على الاظهر

١- الوسائل - باب ٧- من ابواب كتاب الشفعة - حديث ٢

اذلاموهم لعدم اعتباره سوى ارساله ووجود محمدبن عيسى بن عبيد فى طريقه وشيء منهمالايوجب وهنافيه ـ امارساله فلان المرسل من من اجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه ـ واما محمدفلانه وان ضعفه جماعة الاان الظاهر ان منشأ تضعيف هؤلاء تضعيف الصدوق ـ والصدوق ضعفه لتضعيف ابن الوليد كما صرح به مرارا ، وتضعيف ابن الوليد انماهو لكون اعتقاده انه يعتبر فى الاجازة ان يقرأ على الشيخ اويقرأ الشيخ عليه ويكون السامع فاهما لمايرويه وكان لايعتبر الاجازة المشهورة بان يقول اجزت لك ان تروى عنى وكان محمدبن عيسى صغير السن ولايعتمدون على فهمه عند القرائة ولاعلي اجازة يونس له ـ ولكنه كماترى ولذاقال النجاشي وذكرابو جعفر بن بابويه عن ابن الوليد انه قال ماتفرد به محمد بن عيسى من كتب يونس وحديثه لايعتمد عليه ـ و رأيت اصحابنا ينكرون هذاويقولون من مثل ابى جعفر محمدبن عيسى سكن بغداد ـ مع ان جماعة من ائمة الفن وثقوه ـ فلااشكال فى سند الخبر ـ اضف الى ذلك كله ان العمل به مشهور بين القدماء و الشهرة بين متقدمى اصحابنا توجب جبر و هن الخبر لوكان فالخبر من حيث السند معتبر ومن حيث الدلالة صريح فى المطلوب ـ فلا توقف فى الحكم .

ويعضده النصوص الدالة على ثبوت الشفعة فى المملوك كصحيح (١) الحلبى عن ابى عبدالله (ع) انه قال فى المملوك يكون بين شركاء فيبيع احدهم نصيبه فيقول صاحبه انا احق به اله ذلك قال (ع) نعم اذاكان واحدا ـ ومثله صحيح (٢) ابن سنان عنه (ع) ـ و امامافى ذيل الصحيح الاول قيل له فى الحيوان شفعة قال (ع) لا ـ ومثله خبر (٣) سليمان ابن خالد عن ابى عبدالله (ع) ليس فى الحيوان شفعة ـ فمحمولان على عدم ثبوت الشفعة فى الحيوان مع تعدد الشركاء بقرينة مارواه (٤) الصدوق باسناده عن البزنطى عن ابن سنان

١ـ٢ـ ٣ـ ٤ـ الوسائل ـ باب ٧ ـ من ابواب كتاب الشفعة حديث ـ ٣ ـ ٤ ـ ٦ ـ ٧ ـ .

عنه(ع) فى حديث انه قال لاشفعة فى الحيوان الا ان يكون الشريك فيه واحدا- ولعدم قول احد من الاصحاب بالتفصيل بين المملوك الانسي والحيوان فى ذلك الاماعن مختلف المصنف ره - وايضا يعضده حسن (١) هارون بن حمزة الغنوى عن ابى عبدالله (ع) عن الشفعة فى الدور أ شيء واجب للشريك ويعرض على الجار فهو احق بها من غيره فقال(ع) الشفعة فى البيوع اذا كان شريكا فهو احق بها بالثمن- بناء على كون العبارة كما ذكر- ولكن قد ذكر فى بعض النسخ فى البيوت بدل فى البيوع .

وقد استدل لاختصاصها بغير المنقول - باصالة عدم التسلط على مال الغير الا بطيب نفسه خرج منها المجمع عليه وبقى الباقي- وبما دل على نفيها عن الحيوان والسفينة والطريق - وبخبر(٢) جابر عن النبى(ص) لاشفعة الا فى ربع او حائط -- وبالنصوص الاتية الدالة على اختصاص الشفعة بما لم يقسم بدعوى ظهورها فى كون مورد الشفعة القابل للقسمة بخلاف الحيوان ونحوه بل ذكر الارف التى هى علامة الحدود فى بعضها فى قسمة الاراضى مشعر بان موردها خصوص الاراضى - وبمرسل(٣) الكلينى قال - وروي ايضا ان الشفعة لاتكون الا فى الارضين والدور فقط- وبخبر (٤) عقبة بن خالد عن ابى عبدالله (ع) قضى رسول الله ﷺ بالشفعة بين الشركاء فى الارضين والمساكن وقال لاضرر ولاضرار وقال اذا ارفت الارف وحدت الحدود فلا شفعة -قال المصنف فى محكى المختلف بعد نقل الخبر وهو يدل بمفهومه على انتفاء الشفعة فى غير الارضين والمساكن اما اولا فلتعليق الحكم عليهما - واما ثانيا فلقوله (ع) لاضرر ولاضرار .

ولكن الجميع كما ترى - اما الاول فلانه يجب الخروج عن الاصل بالدليل وقد تقدم -واما الثاني فلما عرفت من عدم نفيها عن الحيوان -واما نفيها عن السفينة والطريق

١- الوسائل -باب ٢ من ابواب كتاب الشفعة-حديث١

٢- المستدرك باب ٥ من ابواب الشفعة حديث٦

٣- الوسائل -باب ٨- من ابواب كتاب الشفعة حديث ٢

٤- الوسائل -باب ٥ من ابواب كتاب الشفعة حديث١

فسياتى الكلام فيه - واما الثالث فلانه مرسل لايعتمد عليه - واما الرابع فمضافا الى ماسياتى من عدم الاختصاص بما لا ينقسم ان قابلية القسمة اعم من وجه من المنقول واما الخامس فلضعفه بالارسال - و اما السادس فمضافا الى ضعفه بمحمد بن عبدالله بن هلال المهمل - ، انه لايدل على الاختصاص لان تعليق الحكم عليهما لايدل على نفيه عن غيرهما الاعلى القول بمفهوم الوصف - واما التعليل فالظاهر انه للحكم بثبوت الشفعة فيهما لالنفيه عماعداهما - وعليه فالمراد بالضرر الضرر الذى انيط به وجه الحكمة فى ثبوت الشفعة لاضرر نفى سلطنة المالك عماملكه كما عقله المصنف ره - فالرواية حجة بعمومها المستفاد من التعليل فيها لما عليه اكثر القدماء كما افاده سيد الرياض فالاظهر ثبوتها فى كل مبيع -

ثبوت الشفعة فيما لاينقسم

و اما المورد الثانى - فعن جماعة من قدماء الطائفة ثبوت الشفعة فيما لايقبل القسمة ايضا كالعضايد و الدكاكين والحمامات المضيقة والنهر و الطريق الضيق و ما شاكل - ومال اليه الشهيد الثانى فى المسالك وجمع ممن تبعه وقواه سيد الرياض -وعن الشيخ و سلار وابنى حمزة والبراج و المصنف ره والمحقق و الفخر والشهيد انها لاتثبت فيه وفى المسالك انه المشهور خصوصاً بين المتاخرين و عن التذكرة نسبته الى اكثر علمائنا وان قال صاحب الحدائق ان الشهرة انما وقعت بعد العلامة - وجه الاول اطلاق الادلة .

و استدل للثانى بخبر (١) السكونى عن ابى عبدالله عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله لاشفعة فى سفينة ولافى نهر ولافى طريق - وليس المراد الواسعين اتفاقا فيكون المراد الضيقين -و خبره (٢) الاخر نحوه وزاد ولافى رحى ولافى حمام - وبخبر (٣) طلحة

---

١ -٢- الوسائل - باب ٨ - من ابواب كتاب الشفعة - حديث ١ - ٢

٣- الوسائل باب ٣- من ابواب كتاب الشفعة - حديث - ٨

ابن زيد عن الصادق عليه السلام عن ابيه عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قضى بالشفعة مالم تورف يعنى تقسم - ومثله خبر(١) جابر انما جعل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الشفعة فى كل مالم تقسم - باعتبار ان لم لاتدخل الا على مايمكن قسمته ويصح اتصافه بها ولو وقتا و لذا لايصح ان يقال السيف لم تقسم وان صح لايقسم فالنفى بهاح بمعنى عدم الملكة لابمعنى السلب - وبالاخبار الدالة على اختصاص الشفعة بمالم يقسم كمرسل(٢) جميل عن احدهما عليهما السلام الشفعة لكل شريك لم يقاسم ونحوه غيره باعتبار ظهور يقاسمه ولايقاسمه فى ذلك - و بان غرض الشارع بالشفعة ازالة ضرر المالك بالقسمة لو ارادها المشترى وهذا الضرر منتف فيما لايقسم فلاشفعة فيه - وباصالة بقاء الملك على ملك مالكه واثبات الشفعة مخالف له فيفتقر الى دليل.

و لكن يتوجه على الاول انه يعارضهما - حسن (٣) منصور بن حازم قلت لابى عبدالله عليه السلام دار بين قوم اقتسموها فاخذ كل واحد منهم قطعة وبناها وتركوا بينهم مساحة فيها ممرهم فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم اله ذلك قال عليه السلام نعم ولكن يسد بابه ويفتح بابا الى الطريق او ينزل من فوق البيت ويسد بابه فان اراد صاحب الطريق بيعه فانهم احق به والا فهو طريقه يجيء حتى يجلس ذلك الباب ونحوه الموثق الاتى - فان قيل انه مختص بالطريق - قلنا لايضر ذلك بعد الاجماع المركب على العموم وبناء الاستدلال بالخبرين على ذلك - وعلى الثانى - اولا منع ظهور لم تقسم فى عدم الملكة وثانيا ان مايدل على الاختصاص بذلك هو النبوى الضعيف وخبر طلحة لايدل على الاختصاص الا على القول بمفهوم الوصف مضافا الى ضعف سنده - وعلى الثالث - انه لااشكال في ظهور يقاسمه ولا يقاسمه فى ذلك الا ان الكلام فى اختصاص الشفعة بما يقبل القسمة فلو كانت ادلة الشفعة مختصة بهذه النصوص وامثالها لقلنا بالاختصاص - وكذا لو كان لها مفهوم دالة به على الاختصاص ولكن الاطلاقات موجودة وهذه

١ - المستدرك باب ٣ من الشفعة حديث ٨

٢ - الوسائل - باب ٣ - من ابواب كتاب الشفعة - حديث ٣

٣ - الوسائل - باب ٤ - من ابو اب كتاب الشفعة - حديث ٢

الاخبار لامفهوم لها ـ وعلى الرابع ـ انه لم يذكر الضرر علة لهذا الحكم فى شىء من الاخبار نعم خبر على بن عقبة مشعر بذلك ـ مع ان متعلق الضرر فيه غير معلوم ومن المحتمل ان يكون هو سوء الشريك او نفس الشركة الجديدة بل قد يقال ان هذا اظهر مما ذكر فى الاستدلال ـ ولذا استدل السيد المرتضى قده وتبعه غيره بهذا الوجه لثبوت الشفعة فى المسألة قائلا ان المقتضى لثبوت الشفعة وهو ازالة الضرر عن الشريك قائم فى غير المقسوم بل هو اقوى لان المقسوم يمكن التخلص من ضرر الشريك بالقسمة بخلاف غيره ـ وعلى الخامس ان الاصل لايرجع اليه مع الدليل ـ فالمتحصل مما ذكرناه ثبوت الشفعة فيما لايقبل القسمة .

اعتبار انتقال الحصة بالبيع

المقام الثانى فى الشرائط المعتبرة فى ثبوتها(9) هى امور ـ احدها (ان ينتقل الحصة بالبيع) فلاتثبت لو انتقلت بهبة أو صلح أو صداق أو صدقة أو اقرار ـ كما هو المشهور وعن غير واحد الاجماع عليه وفى الجواهر ولعله كذلك لان خلاف ابن الجنيد فى ذلك حيث اثبتها فى الهبة بعوض وغيره غير قادح فى محصل الاجماع فضلا عن محكيه وفى المسالك بعد الاعتراف بان هذا هو المشهور بين الاصحاب بل كاد يكون اجماعا قال وليس عليه دليل صريح وانما تضمنت الروايات ذكر البيع وهو لاينافى ثبوتها بغيره ومن ثم خالف ابن الجنيد فاثبتها بمطلق النقل حتى بالهبة بعوض وغيره لما اشرنا اليه من عدم دليل يقتضى التخصيص ولاشتراك الجميع فى الحكمة الباعثة على اثبات الشفعة وهو دفع الضرر عن الشريك ولو خصها بعقود المعاوضات كان اقعد ـ وتبعه غيره .

فمحصل مايستفاد من عبارته فى وجه ثبوت الشفعة فى غير البيع امران ـ احدهما ـ عدم دليل يقتضى التخصيص ـ ثانيهما ـ اشتراك الجميع فى الحكمة (ولكن) الاول يضعف بان عدم الدليل على التخصيص لايكفى فى الحكم بالعموم بعد اعترافه باختصاص

النصوص بالبیع اذ التعدی عنه یحتاج الی دلیل من خارج او اطلاق وعموم فی الاخبار یشمل غیر البیع والمفروض عدمهما وبدون ذلك یكون المرجع اصالة عدم السلطنة ویضعف الثانی ـ اولا ان الحكمة لاتصلح وجها للتعدی فان ذلك شأن العلة المنصوصة لاالحكمة فمع الاعتراف ـ بكون ماذكر حكمة كیف یتعدی عن موردها ـ وثانیا ـ ماتقدم من عدم معلومیة الحكمة فكما یحتمل ان تكون ما ذكر كك یحتمل ان تكون ما نقلناه عن السید المرتضی ره ـ اضف الی ذلك ضعف سند ما تضمنها كما مر فهذا القول ضعیف .

ویشهد لعدم ثبوتها فی غیر البیع مضافا الی مامر مارواه (١) یونس عن بعض رجاله عن ابی عبدالله (ع) الشفعة جائزة في كل شیء من حیوان اوارض اومتاع اذا كان الشیء بین شریكین لاغیرهما فباع احدهما نصیبه فشریكه احق به من غیره ـ فانه بمفهوم الشرط یدل علی عدم ثبوت الشفعة فی غیر البیع بناء علی ماهو الحق من انه لافرق فی ثبوت المفهوم للشرط بین الشرط الواحد والمتعدد ـ ومافاده سید الریاض من ان هذا المفهوم محتمل للورود مورد الغلبة ـ یدفعه ان الظاهر من اخذ كل قید فی الموضوع دخله فی الحكم والحمل علی الغلبة یحتاج الی قرینة مفقودة فی المقام ـ ویؤید ذلك ـ مفهوم قوله ﷺ فی حسن (٢) الغنوی الشفعة فی البیوع ـ وانما لم نستدل به لاختلاف النسخ فی لفظ ـ البیوع ـ وفی بعضها ـ البیوت ـ و یؤیده ایضا ما استدل به لهذا القول المصنف ره فی محكی المختلف والشهید الثانی قده فی المسالك لعدم ثبوت الشفعة فی غیر المعاوضات وهو ـ صحیح (٣) ابی بصیر عن الباقر (ع) عن رجل تزوج امرأة علی بیت فی دار له وله فی تلك الدار الشركاء قال ﷺ جائز له ولها ولا شفعة لاحد من الشركاء علیها ـ وجه التایید اشعاره بان نفیها من جهة كونها صداقا لامن

١ـ الوسائل ـ باب ٧ـ من ابواب كتاب الشفعة حدیث ٢

٢ـ الوسائل ـ باب ٢ـ من ابواب كتاب الشفعة حدیث ١

٣ ـ الوسائل باب ١١ من ابواب كتاب الشفعة حدیث ٢

جهة تعدد الشركاء - فالمتجه اختصاص الشفعة بالبيع فلا تثبت مع انتقال الحصة بغير البيع .

فى اعتبار اشاعة المبيع

(٩) ثانيها **(ان يكون المبيع مشاعا مع الشفيع حال البيع او يكون شريكا فى الطريق او النهر أو الساقية)** على المشهور شهرة عظيمة - وعن غير واحد من الاساطين نسبته الى مذهب الاصحاب الا العمانى - ولم يستثنه بعضهم - اما لعدم الاعتناء بمخالفته - اولان كلامه قابل للحمل على ثبوت الشفعة فى غير المشاع اذا كان شريكا فى الطريق - وكيف كان فيشهد لاعتبار الاشاعة - وعدم ثبوتها مع التمييز والقسمة - نصوص كثيرة كصحيح (١) عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام لاتكون الشفعة الا لشريكين مالم يتقاسما - وقوى (٢) السكونى عنه عليه السلام فى حديث لاشفعة الا لشريك غير مقاسم - وخبر (٣) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام اذا وقعت السهام ارتفعت الشفعة - ونحوها غيرها - بل يشهد به مادل على عدم ثبوت الشفعة للجار واختصاصها بالشريك - كحسن (٤) الغنوى عن ابى عبدالله عليه السلام عن الشفعة فى الدور اشىء واجب على الشريك - ويعرض على الجار فهو احق بها من غيره فقال عليه السلام الشفعة فى البيوع (ت خ ل) اذا كان شريكا فهو احق بها بالثمن - وخبر (٥) البقباق عنه عليه السلام الشفعة لاتكون الا لشريك ونحوهما غيرهما - واما النبوى (٦) المروى من طرق العامة - ان الجار احق بالشفعة - او بشفعته - فلضعفه واعراض الاصحاب عنه لايعتمد عليه .

١-٢-٣- الوسائل باب ٣ من ابواب كتاب الشفعة حديث ١-٢-٤

٤- الوسائل باب ٢ من ابواب كتاب الشفعة حديث ١

٥- الوسائل باب ١ من ابواب كتاب الشفعة حديث ١

٦- اخرجه ابوداود فى ٢٢ كتاب البيوع ٧٣ باب فى الشفعة حديث رقم ٣٥١٨ كذا فى الجامع الصحيح .

واما ثبوتها مع عدم الاشاعة اذا كان شريكا فى الطريق او النهر أو الساقية فقد استدل له باخبار منها صحيح(١) منصور اوحسنه عن الصادق ﷺ عن دار فيها دور وطريقهم واحد فى عرصة الدار فباع بعضهم منزله من رجل هل لشركائه فى الطريق ان يأخذوا بالشفعة فقال ﷺ ان كان باع الدار وحول بابها الى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم وان باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة ـ قالوا وبه يقيد اطلاق ما دل على عدم ثبوت الشفعة مع عدم الشركة (وفيه) انه يدل على ثبوت الشفعة مع تعدد الشركاء ولم يعمل به الاصحاب ـ وليس الخبر متضمنا لحكمين احدهما ثبوت الشفعة مع تعدد الشركاء ثانيهما ثبوت الشفعة مع الاشتراك فى الطريق كى يقال ان عدم العمل ببعض الخبر لمعارض اقوى لايوجب طرحه بالنسبة الى مالامعارض له بل هو متضمن لحكم واحد وهو ثبوت الشفعة مع تعدد الشركاء فى ما كانت الشركة فى الطريق فتدبر ـ ومنها حسن(٢) منصور عنه (ع) عن دار بين قوم اقتسموها فاخذ كل واحد منهم قطعة وبناها وتركوا بينهم ساحة فيها ممرهم فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم اله ذلك قال ﷺ نعم ولكن يسد بابه ويفتح بابا الى الطريق او ينزل من فوق البيت ويسد بابه فان اراد صاحب الطريق بيعه فانهم احق به والا فهو طريقه يجيء حتى يجلس ذلك الباب وقريب منه الموثق (٣) استدل بهما المصنف ره فى محكي التذكرة (ويرد عليه) ما اورده غير واحد من ان ظاهرهما ثبوت الشفعة فى بيع الطريق خاصة ولاتعرض فيهما لبيع الدار مع الممر ـ فاذاً لادليل له سوى الاجماع ـ وهو الحجة فى ثبوتها مع الاشتراك فى الشرب والا فالاخبار غير متعرضة له (ثم) هل يختص الحكم بصورة شركة سابقة على القسمة فى ذات الطريق كما عن ظاهر جماعة ام يعم غيرها كما هو ظاهر الاكثر لاستدلالهم للثبوت بالنص غير المختص بها ـ وجهان ـ اظهرهما الاول على ماقويناه من انه لامدرك لهذا الحكم سوى الاجماع فان المتيقن من معقده ذلك .

١ـ٢ـ٣ـ الوسائل ـ باب ٤ من ابواب كتاب الشفعة ـ حديث ١-٢-٣

فی اعتبار ان لایزید الشرکاء علی اثنین

(۹) ثالث الشروط (ان لایزید الشرکاء علی اثنین) کماهو المشهور شهرة عظیمة کادت تکون اجماعا بل هی کك کذافی الجواهر بل علیه الاجماع فی الاستبصار والسرائر والتنقیح کمافی الریاض (وعن) ابن الجنید ثبوتها مع الکثرة مطلقا وقواه المصنف ره فی محکی المختلف بعد ذهابه الی المشهور وخطأ ابن ادریس فی دعواه الاجماع (وعن) الفقیه ثبوتها مع الکثرة فی غیر الحیوان (وفی) الشرایع نقل المحقق قولا آخر وهو ثبوتها فی الارض مع الکثرة وعدم الثبوت فی العبد الاللواحد ولم یذکر قائله ولاظفر به غیره .

ومنشأ الاختلاف اختلاف الاخبار - منها - مایدل علی عدم الثبوت مع کون الشفیع ازید من واحد - کصحیح (١) عبدالله بن سنان عن الصادق (ع) لاتکون الشفعة الالشریکین مالم یتقاسما فاذا صاروا ثلاثة فلیس لواحد منهم شفعة - ومرسل (٢) یونس المتقدم عنه علیه السلام اذاکان الشیء بین شریکین لاغیرهما فباع احدهما نصیبه فشریکه احق به من غیره فان زاد علی الاثنین فلاشفعة لاحدمنهم ونحوهما غیرهما - ومنها - مایدل علی ثبوتها مع تعدد الشفعاء کخبر (٣) السکونی عن جعفر عن ابیه عن آبائه عن علی علیهم السلام الشفعة علی عدد الرجال - ومثله خبر (٤) طلحة بن زید - وصحیح (٥) منصور بن حازم عن الصادق علیه السلام عن دار فیها دور وطریقهم واحد فی عرصة الدار فباع بعضهم منزله من رجل هل لشرکائه فی الطریق ان یاخذ وابالشفعة فقال علیه السلام ان کان باع الدار وحول بابها الی طریق غیر ذلك ولاشفعة لهم وان باع الطریق مع الدار فلهم الشفعة - ونحوه فی ذلك حسنه (٦) - وموثقه (٧) - و خبر (٨) عقبة بن خالد عن ابی عبدالله علیه السلام قضی

١-٢- ٣- ٤- الوسائل - باب ٧- من ابواب کتاب الشفعة حدیث- ١ - ٢-٥-٧

٥- ٦- ٧- الوسائل - باب ٤ - من ابواب کتاب الشفعة - حدیث ١-٢

٨- الوسائل - باب ٥- من ابواب کتاب الشفعة - حدیث ١

رسول الله (ص) بالشفعة بين الشركاء - واقل الجمع ثلاثة - ومنها - مادل على اختصاص المنع عن الثبوت مع تعدد الشركاء بالحيوان - وهو خبر (١) عبدالله بن سنان عن مملوك بين شركاء اراد احدهم ان يبيع نصيبه قال عليه السلام يبيعه قلت فانهما كانا اثنين فاراد احدهما بيع نصيبه فلما اقدم على البيع قال له شريكه اعطني قال (ع) هو احق به ثم قال لاشفعة في الحيوان الا ان يكون الشريك فيه واحداً قال الصدوق ومفهوم هذه الرواية ثبوتها في غيره اذا كان اكثر .

والحق في المقام ان يقال اما خبر ابن سنان فلا يدل على التفصيل الذي ذكره الصدوق اذ لامفهوم له كي يدل على ثبوت الشفعة في غيره اذا كان اكثر الا على تقدير القول بمفهوم اللقب - واما الطائفتان الاوليتان فقد جمع بينهما في المسالك بقوله ان رواية ابن سنان التي هي عمدة روايات الباب لاصراحة فيها حيث انه اثبتت الشفعة للشريكين باللام المفيدة للاستحقاق اومافي معناه والمطلوب لايتم الا اذا اريد ثبوتها بين الشريكين لالهما ثم قال ولاينافيه قوله ولاتثبت لثلاثة اذ لاقائل بالفرق بين الاثنين والثلاثة لجواز ارادة عدم استحقاق كل واحد من الثلاثة بخصوصه دون الاخر وهذا وان كان خلاف الظاهر الا ان فيه طريق الجمع (وفيه) ان قوله في صحيح ابن سنان - مالم يتقاسما كالصريح في ارادة ثبوت الشفعة بين الشريكين - وقوله لشريكين انما هو باعتبار فرض بيع كل واحد من الشريكين حصته ثم قوله في تلو ذلك فاذا صاروا ثلاثة ...الخ صريح في عدم ثبوتها مع التعدد والمحمل المذكور في كلامه له مما لامورد له عند العرف .

واما الجمع بين الطائفتين بحمل الجمع في نصوص الثانية على الاثنين فهو وان تم في جملة منها الا انه لايتم في اخبار منصور لان الجمع فيها بالاضافة الى من ياخذ بالشفعة فكون اقل الجمع اثنين لايغني شيئا فانها ح تدل على ثبوت الشفعة للشريكين اذا باع ثالثهما حصته فالانصاف تعارض الطائفتين ويتعين الرجوع الى المرجحات والترجيح للنصوص الاولة لانها اشهر بين الاصحاب والشهرة اول المرجحات .

١-الوسائل باب -٧ من ابواب كتاب الشفعة حديث -٧

واما في المسالك من ان الترجيح للثانية لان خبر منصور اصح طريقا (ففيه) ان اصحية السند انما تكون في المرتبة المتاخرة عن الشهرة ومع الشهرة لا توجب هي تقديم احد المتعارضين على الآخر - مع - ان اصحية طريق خبر منصور من خبر عبدالله بن سنان غير معلومة - فمع الاغماض عن الشهرة - تكون النصوص الاولة مقدمة لمخالفتها للعامة فالاظهر عدم ثبوتها مع زيادة الشركاء على اثنين .

اعتبار قدرة الشريك على دفع الثمن

(و) رابع الشرائط (ان يكون الشريك قادرا على الثمن) بلا خلاف و ظاهر المسالك بل صريحها الاتفاق عليه - قال الشهيد في شرح قول المحقق - الشفيع كل شريك بحصة مشاعة قادر على الثمن - هذا تعريف للشفيع باعتبار قيوده المتفق عليها انتهى وفي محكي مجمع البرهان دليل اشتراط القدرة في الشفعة على الثمن ...يمكن ان يكون اجماعا .

وكيف كان فيمكن الاستدلال له بحديث (١) نفي الضرر والضرار حيث ان اخذ الشفيع بالشفعة و هو عاجز عن دفع الثمن ضرر على البايع وهو يرفع الاحكام الوضعية كالتكليفية سيما هذا الحكم الذي حكمته الضرر - وقد يستدل له بحسن (٢) علي ابن مهزيار سالت ابا جعفر الثاني عليه السلام عن رجل طلب شفعة ارض فذهب على ان يحضر المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الارض ان اراد بيعها ايبيعها او ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة - قال (ع) - ان كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة ايام فان اتاه بالمال والا فليبع وبطلت شفعته في الارض وان طلب الاجل الى ان يحمل المال من بلد الى آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل الى تلك البلدة وينصرف وزيادة ثلاثة ايام اذا قدم فان وافاه والا فلا شفعة له (واورد عليه) بان مورده الشفعة قبل البيع وان الذي ينتظر به هو الشريك الذي

١- الوسائل- باب ١٢و٧ من ابواب احياء الموات حديث ١

٢ - الوسائل - باب ١٠ - من ابواب كتاب الشفعة حديث ١

یریدان ببیع لا المشتری وهو خارج عن محل البحث وهو الشفعة بعد البیع (وفیه) ان اساس هذا الایراد علی کون المراد بصاحب الارض هو المالك الاول دون المشتری ـ وهو غیر ظاهر بل من المحتمل ان یکون المراد به صاحبها بعد البیع وهو المشتری و یؤیدهذا الاحتمال بل یعینه اطلاق لفظ الشفعة التی حقیقتها کمامر الاستحقاق بعد البیع- وعلیه فیمکن ان یکون المراد من طلب الشفعة الاخذبها کما یشعر به قوله وبطلت شفعته وان کان لو ابقی علی معناه الحقیقی لماکان قادحا فی الاستدلال ـ اضف الی ذلك ما افاده سید الریاض قال مع احتمال ان یکون الالحاق علی تقدیر صحة ماذکره من باب تنقیح المناط القطعی لا القیاس الخفی ـ وعلی الجملة فالمستفاد من الحسن ان الشفیع اذا کان غیر قادر علی دفع الثمن بعد ثلاثة ایام فلاشفعة له ففی الحقیقة یکون التحدید بثلاثة ایام تحدیدا لعدم القدرة القادح فی الاخذ بالشفعة ـ

فی فوریة المطالبة مع المکنة

المقام الثالث فی الاحکام وفیه مسائل -١- (٩) یجب (**ان یطالب علی الفور مع المکنة**) کما عن الشیخ فی کتبه الثلاثة والقاضی وابن حمزة والطبرسی والمصنف فی کتبه والشهیدین وعامة المتاخرین وعن التذکرة انه المشهور وعن الشیخ الاجماع علیه- وذهب المرتضی والاسکافی ووالد الصدوق والحلبی والحلی الی انها علی التراخی لاتسقط الا بالاسقاط ـ

استدل للاول بان الاصل عدم ثبوت الشفعة وعدم التسلط علی ملك الغیر بغیر رضاه فیقتصر فیها علی موضع الوفاق ـ وبان التراخی فیها لاینفك عن ضرر علی المشتری فانه لایرغب فی عمارة ملکه مع علمه بتزلزله وانتقاله عنه فیؤدی الی تعطیل ملکه وذلك ضرر عظیم- وبحسن علی بن مهزیار المتقدم وتقریب الاستدلال به کما فی محکی المختلف انه (ع) حکم ببطلان الشفعة بعد مضی ثلاثة ایام ولو کان حق الشفعة ثابتا علی التراخی لم تبطل شفعته بل کانت تثبت له متی حصل الثمن لانها ثبتت کك وان لم یطالب فلاتؤثر

المطالبة بها التي هي احد اسباب وجودها في عدمها - وبالنبوي (١) الشفعة كنشط العقال اي اذا لم يبتدر فاب كالبعير يحل عقاله - والآخر (٢) الشفعة لمن واثبها.

ولكن يتوجه على الاول ان مقتضى اطلاق ادلة الشفعة اي اطلاقها الزماني ثبوتها على نحو التراخي ومعه لا مجال للرجوع الى الاصل - وعلى الثاني انه ان كان المراد به الضرر المالي فهو مجبور بالارش اذ ازرع او بنى ان قلنا به - وان كان المراد بالضرر عدم رغبة المشتري في التعمير مثلا لاحتمال الاخذ منه - فهو مردود بما عن الانتصار من انه يمكن ان يتحرز المشتري من هذا الضرر بان يعرض المبيع على الشفيع ويبذل التسليم اليه فهو بين امرين اما ان يتسلم او يترك الشفعة فيزول الضرر واذا فرط في ذلك فهو المقدم على الضرر - مع ان ذلك لا يعد ضرراً عرفا - اضف اليه انه مع علمه بالشفعة لشريكه يكون مقدما على ذلك - وعلى الثالث انه انما يدل على ان الشريك اذا اخذ بالشفعة - ولم ينض الثمن ينتظر ثلثة ايام لما عرفت من ظهور طلب الشفعة في اخذها ولا اقل من احتمال ذلك وهذا غير مربوط بمسالتنا هذه من فورية الاخذ وعدمها - وعلى الاخيرين انهما عاميان ضعيفان غير منجبرين بالاستناد .

وبما ذكرناه يظهر مدرك القول بالتراخي - واستدل له مضافا الى ذلك باصالة عدم الفورية - وبان البيع سبب في استحقاق الشفعة والاصل ثبوت الشيء على ما كان الى ان يثبت المزيل - وبانها حق من الحقوق المالية والاصل فيها ان لا تبطل بالامساك عن طلبها (ولكن) يضعف الاول - انه ان اريد بالاصل الاستصحاب فيئول الى الثاني - وان اريد به غيره فلا اصل له - بل الاصل يقتضي الفورية كما مر - والثاني بان الصحيح عدم جريان الاستصحاب في الاحكام الكلية وان شئت قلت ان المقام على فرض عدم الاطلاق لدليل ثبوت الشفعة من مصاديق المسألة المعروفة وهي انه اذا دل دليل عام على ثبوت حكم لجميع الافراد نظير ما اذا ورد تحريم فعل بعنوان العموم وخرج منه فرد خاص من ذلك لكن وقع الشك في ان ارتفاع الحرمة عن ذلك الفرد مختص ببعض الازمنة او عام لجميعها - والحق في تلك

١-٢- التذكرة ج١ ص٦٠٤

المسألة هو الرجوع بعد مضى زمان اليقين الى عموم العام لا الى استصحاب حكم الخاص ففى المقام دل الدليل بعمومه على عدم التسلط على مال الغير خرج عنه اول ازمنة العلم ببيع الشريك فبعد مضى زمان اليقين - يشك فى بقاء التسلط وعدمه فيرجع الى عموم العام لا الى استصحاب حكم الخاص - واما الثالث فيرد بان المدعى انما هو كون ثبوت الحق فى زمان قصير وانه بانقضائه يسقط لانهاء امده لا ان ترك المطالبة من مسقطات الحق الثابت فى نفسه فتحصل ان القول بكونها على الفور او التراخى يبتنى على وجود اطلاق لادلة ثبوتها وعدمه فعلى الاول تكون على نحو التراخى وعلى الثانى تكون على نحو الفور.

ثم انه على القول بالفور لا اشكال فى ان ذلك فى صورة عدم كون التاخير لعذر والا كما لو كان فى السفر ولم يطلع على بيع الشريك حصته او اطلع ولم يتمكن من الاخذ بالشفعة مباشرة او بالتوكيل فيه وما شاكل - لم تبطل شفعته بلا خلاف ومرسل (١) ابن محبوب الدال على ثبوت الشفعة على الغائب بعد حضوره يشهد به - وقد اختلفت كلماتهم فى بيان الضابط لما لا يخل بالفورية وايضا اختلفوا فى بعض المصاديق - ولعله احسن ماقيل فى المقام هو انه - كلما كان التاخير لغرض صحيح او عذر معتبر لا يخل بالفورية - والوجه فى ذلك ان اطلاق مادل على كونه احق من غيره يقتضى عدم الفورية مطلقا ولا اطلاق لما استدل به على الفورية و المتيقن منه صورة الاهمال فى الاخذ بالشفعة دون الاعذار التى يتعلق بها غرض العقلاء .

ثم ان وجوب المبادرة على القول به ليس هو وجوبها بكل وجه ممكن بل المرجع فيها العادة والعرف فيكفى مشيه الى المشترى للاخذ بها بالمعتاد وان قدر على الزيادة وانتظار الصبح لو علم ليلا ولا يمنع من ذلك ايضا الصلاة اذا حضر وقتها وكذا مقدماتها ومتعلقاتها الواجبة والمندوبة التى يعتادها وانتظار الجماعة وتحرى الرفقة حيث يكون

---

١ - الوسائل - باب ٩ - من ابواب كتاب الشفعة - حديث ١

الطريق مخوفا ليصحبهم هو او وكيله ونحو ذلك بل المستفاد من حسن على بن حمزة ان الامر اوسع من ذلك فانه وان كان فيما لو اخذ بالشفعة ولم ينض الثمن لكن لما كان الغرض الاصلى هو اخذ الثمن والافمجرد قوله اخذت بالشفعة ليس موضوع الاثر فبتنقيح المناط يستفاد جواز التاخير الى ثلاثة ايام .

وبما ذكرناه يظهر ما فى كلام الشهيد الثانى ره فى المسالك فانه بعد بيان جملة من الاعذار قال هذا كله اذا كان غائبا اما مع حضور المشترى فلا يعد شيئا من هذه عذرا لان قوله اخذت بالشفعة لاينافى شيئا من ذلك - فان محل الكلام ومورد فتوى الفقهاء بجواز التاخير وعدمه انما هو القول المزبور مع دفع الثمن لابدونه فلاعبرة بالتمكن منه مع عدم التمكن من دفع الثمن فالمدار على الدفع لا على القول المزبور .

ثبوت الشفعة فى الوقف

-٢- (ولو) كان الوقف مشاعا مع طلق فباع الموقوف عليه الوقف على وجه يصح ثبت حق الشفعة لصاحب الطلق بلاخلاف ولا اشكال لوجود المقتضى وانتفاء المانع هكذا قالوا -وسياتى الكلام فيه و ان انعكس - بان (**باع صاحب الشقص الطلق نصيبه**) ففيه اقوال (احدها) ما اختاره الماتن هنا و هو انه (**جاز لصاحب الوقف الاخذ بالشفعة**) وظاهره جواز الاخذ بها للموقوف عليه ولعله يكون نظره الى ماعن اكثر المتاخرين من ثبوت حق الشفعة للموقوف عليه مع وحدته - واما لو كان الوقف على الجهات اوعلى الاصناف فلاشفعة فيه (ثانيها) ما عن جماعة بل نسبه الحلى الى الاكثر وهو عدم ثبوتها مطلقا (ثالثها) ماعن السيد المرتضى ره وهو ثبوتها مطلقا وجوز للامام وخلفائه المطالبة بشفعة الوقوف التى ينظرون فيها على المساكين اوعلى المساجد ومصالح المسلمين وكك كل ناظر بحق فى وقف عن وصى اوولى - واستند فيه الى الاجماع .

و الحق ان يقال ان قلنا بعدم انتقال الوقف الى الموقوف عليه فلاينبغى التوقف

فی عدم ثبوت الشفعة لفقد الشركة المشترطة فی ثبوتها اتفاقا فتوى ونصا ولازم ذلك عدم ثبوتها فی عكس المسألة وقد اتفقوا علی ثبوتها فيه - وان بنينا علی انتقاله اليه فان كان الموقوف عليه متعددا فلاشفعة لفقد شرط عدم تعدد الشركاء - وان كان واحدا ففی الوقف علی الجهة علی القول بمالكية الجهة - لاشفعة لانصراف النصوص الی مال مشترك بين فردين - واما فی الوقف علی الشخص او الصنف مع انحصاره فی فرد. فالظاهر ثبوتها لاطلاق الادلة - ودعوی انه ملك ناقص بالحجر علی المالك فی التصرف - فيها ان نقص الملك لم يدل دليل علی منعه عن ثبوتها ومن ثم يثبت لغيره ممن يحجر عليه - وحيث ان الاظهر عدم انتقال الوقف الی الموقوف عليه - فالاوجه عدم ثبوت الشفعة اصلا وعكسا .

-٣- **(ولا يثبت للذمی)** شفعة **(علی المسلم ويثبت للمسلم عليه)** بلاخلاف بل عليه الأجماع عن الاستبصار والمبسوط و السرائر و المسالك وغيرها - ويشهد به قوی (١) السكونی عن ابی عبدالله عليه السلام ليس لليهودی والنصرانی شفعة - ومثله خبر (٢) طلحة بن زيد والمراد عدم ثبوتها لهما علی المسلم للاجماع علی ثبوتها لهما علی غيره كما فی المسالك.

-٤- **(وياخذ الشفيع بماوقع عليه العقد)** ای بما يماثله **(وان ابرأه)** البايع **(من بعضه)** لاطلاق النص والابراء من بعض بعد البيع كالهبة اياه لادخل له بالمعاملة التی ياخذ فيها الشفعة - كما انه لو كان قيمة الشقص ازيد او اقل ياخذ بالثمن الذی وقع العقد عليه ولايلزمه مايغرمه المشتری بسببه من دلالة واجرة ناقد ووزان وغيرها اذ ليست من الثمن .

١- ٢- الوسائل ـ باب ٦ من ابواب كتاب الشفعة حديث ٢-١

ثبوت الشفعة مع كون الثمن قيميا

(و لولم يكن) الثمن الواقع عليه العقد **(مثليا)** بل قيميا كالجوهر و الثياب والمنفعة والحق وماشاكل **(اخذ بقيمته)** على الاظهر الاشهر بل لعله عليه عامة من تاخر الامن ندرممن تاخرعمن تاخر وفاقاللمفيد والمبسوط والحلى كذا فى الرياض وعن الخلاف وابن حمزة والطبرسى والمختلف انه تسقط الشفعة .

وجه الاول اطلاق الادلة وعمومها واستدل للثانى بروايات .

منها صحيح (١) ابى بصير عن ابى جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة على بيت فى دارله وله فى تلك الدار شركاء قال جايز له ولها ولاشفعة لاحد من الشركاء عليها(وفيه) انه يمكن ان يكون وجه عدم ثبوت الشفعة عليها كون ماانتقل اليها بغير البيع او تعدد الشركاء وقدمر اعتبار وحدة الشفيع و كذا اعتبار كون الانتقال بالبيع .

ومنها حسن(٢) الغنوى عن ابى عبدالله عليه السلام الشفعة فى البيوع اذاكان شريكا فهواحق بها بالثمن - استدل به المصنف ره بتقريب ان الاحقية بالثمن انما تتحقق فى المثلى لان الحقيقة غيرمرادة اجماعا فيحمل على اقرب المجازات الى الحقيقة و هو المثل (وفيه) ان المراد بالثمن ليس ماجعل عوضا فى البيع - بل الظاهر ان المراد به العوض الذى يعطيه الشفيع - فالمراد به انه احق بها ولكن لامجانا بل بعوض والتعبير عنه بالثمن بلحاظ ماهو المعروف من التعبير عمايعطيه المشترى فى البيع بالثمن - بازاء المبيع المعبرعنه بالمثمن- مع انه لوسلم ان المراد به ماجعل عوضا فى البيع يكون المراد جنس الثمن الشامل لمثله اوقيمته - ولعله اليه اشار الشهيد الثانى - حيث قال ان اقرب المجازات الى الحقيقة بحسب الحقيقة فان كان مثليا فالاقرب مثله وان كان

١- الوسائل باب ١١ من ابواب كتاب الشفعة حديث٢-

٢ - الوسائل باب ٢ من ابواب كتاب الشفعة حديث١

قيميا فالاقرب اليه قيمته .

ومنها صحيح (١) على بن رئاب عن ابى عبدالله عليه السلام فى رجل اشترى دارا برقيق ومتاع وبزوجوهر قال عليه السلام ليس لاحد فيها شفعة (واورد) عليه تارة بضعف السندلان في طريقه الحسن بن سماعة و هوواقفي - و اخرى بانه مروى عن كشف الرموز - هكذا - رجل اشترى دراهم برقيق اومتاع - فهويدل على عدم ثبوت الشفعة فى غير الاراضى فلا ربط له بالمقام - و ثالثة بان نفي الشفعة اعم من كونه بسبب كون الثمن قيميا اوغيره اذلم يذكر ان في الدار شريكا فجاز نفي الشفعة لذلك عن الجار وغيره اولكونها غير قابلة للقسمة اولغير ذلك وبالجملة فان المانع عن الشفعة غير مذكور واسباب المنع كثيرة فلاوجه لحمله على المتنازع اصلا (ولكن) يتوجه على الاول - اولا انه مروى عن قرب الاسناد بسند صحيح ولذاعبرنا عنه بالصحيح - وثانيا ان المحقق فى محله حجية الخبر الموثق ولايعتبر فى الحجية كون الخبر صحيحا - وعلى الثاني ان مافى كشف الرموز لايصلح ان يقاوم لما فى الجوامع العظام وكتب الفروع - وعلى الثالث ان اسباب المنع وان كانت كثيرة الاان مقتضى قاعدة التطابق بين السؤال و الجواب ان المنع لخصوص ماذكر فى السؤال وليس هو الاكون الثمن قيميا - اللهم الاان يقال ان المذكور فى السؤال امران - احدهما ماذكر - ثانيهما كون المبيع دارا الظاهرة فى ارادة المجموع لابعضها المشاع ولم يذكر فى الجواب ان المنع للاول او الثاني - غاية الامر انه لولم يكن دليل آخر لقلنا باختصاص المنع بما اذا اجتمع العنوانان ولكن لوجوده يبنى على ان المنع للثانى دون الاول (وما) في الجواهر من ظهور الخبر فى ان المسقط للشفعة كون الثمن المذكور قيميا وح يكون دالا على المطلوب الذى هو نفى الشفعة لوحصل سببها بالشركة فى الطريق اوالبئر اوالبعض او الجوار اوغير ذلك لان المراد ولوبقرينة الجواب ان السائل لما سئل عن الشفعة فى الدار المشتراة بالثمن المزبور اجاب الامام عليه السلام ان لاشفعة لاحد فيها على كل حال من حيث ان ثمنها ماذكره السائل (يضعف) بانه لو كان ذلك مذكورا فى الجواب كان

---

١ - الوسائل باب ١١ من ابواب كتاب الشفعة حديث ١

ما افيدتاما ـ ولكنه لم يذكرفيه وانما هو مذكورفي السؤال عن قضية شخصية فيها عنوانان ـ والامام عليه السلام اكتفى في مقام الجواب ببيان نفي الشفعة ولا يعلم دخل كون الثمن قيميا في نفيها اصلا ـ فالانصاف ان الخبر غير ظاهر في المنع ، فضلا عما افاده المحقق الثاني ره وصاحب الجواهر ره من كونه نصا في الباب ـ فالمتجه ثبوتها مع كون الثمن قيميا.

ثم هل العبرة بالقيمة حال العقد كما هو المعروف بينهم ـ أو حال الاخذ ـ أو اعلى القيم من حال العقد الى حال الاخذ ـ او الا على من يوم العقد الى وقت الدفع كما في الايضاح وجوه (وجه) الاول انه وقت استحقاق الثمن والعين متعذرة فوجب الانتقال الى القيمة (ووجه) الثاني انه يجب على الشفيع في ذلك الحين فيعتبر قيمته وقت الوجوب حيث يتعذر العين (ووجه) الثالث انه اخذ قهري كالغصب (ويتوجه) على الاول ان حال العقد وان كان وقت استحقاق الثمن بمعنى انه ان اخذ بالشفعة يجب عليه رد الثمن ولكنه مالم يفسخ لايستحق الثمن ـ فوقت استحقاق الثمن حين الاخذ بالشفعة ـ وكذا وقت الوجوب فالقول الثاني اظهر (ويتوجه) على الثالث انه وان كان اخذا قهريا لكنه باذن من له الولاية على الجميع فقياسه بالغصب مع الفارق ـ مضافا الى مامر في كتاب الغصب من منع ذلك فيه ايضا ولذا جعل هذا القول في محكي غاية المراد مما لا وجه له.

حكم مالو ادعى الشفيع غيبة الثمن

٥ـ (ولو ذكر) الشفيع (غيبة الثمن) فالمعروف بينهم انه **(اجل ثلاثة ايام و ينظر لو كان في بلد آخر بما يمكن وصوله اليه مع ثلاثة ايام مالم يستضر المشتري)** بل لا اجد خلافا بينهم في ذلك.

اما التاجيل المزبور فيشهد به حسن(١) علي بن مهزيار بالنهدي سألت ابا جعفر

١ـ الوسائل ـ باب ١٠ ـ من ابواب كتاب الشفعة حديث ١

الثاني عليه السلام عن رجل طلب شفعة ارض فذهب على ان يحضر المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الارض ان اراد بيعها أيبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة قال عليه السلام ان كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة ايام فان اتاه بالمال والافليبع وبطلت شفعته في الارض وان طلب الاجل الى ان يحمل المال من بلد الى آخر فلينتظر به مقدار مايسافر الرجل الى تلك البلدة وينصرف وزيادة ثلاثة ايام اذا قدم فان وافاه والافلاشفعة له (والايراد) عليه بانه ظاهر في الشفعة قبل البيع كما في الحدائق - قدمر جوابه عند ذكر شرطية القدرة على الثمن - فالمستفاد من هذا الخبر انه ينظر الشفيع ان لم يكن له مال او كان وماطل في دفعه ثلاثة ايام وان ادعى كونه في بلد آخر يضاف الى ثلاثة ايام مقدار من الزمان يمكن وصوله اليه ورجوعه فان دفع الثمن والابطلت شفعته وليس في الخبر مايشهد باختصاصه بصورة العجز بل اطلاق قوله لم ينض الثمن شامل لصورة المماطلة ايضا - ثم ان ظاهره كما مر الاختصاص بمالو اخذ بالشفعة وكان التاخير في دفع الثمن - ومع عدم الاخذ بها قدمر انه لاوقت للاخذ - بل يجوز له التراخي .

واما تقييد الحكم بما اذا لم يتضرر المشتري فهو وان كان مشهورا وفي الرياض ظاهرهم الاطباق عليه لكن لم اجد ما يمكن ان يستدل به له - في مقابل اطلاق النص اذلم يذكروا سوى مادل (١) على نفي الضرر والضرار مؤيدا باناطة ثبوت الشفعة بنفي الضرر فينبغي ان يكون حيث لايلزم من وجه آخر لانه مع التعارض ينبغي الرجوع الى حكم الاصل وعدم الشفعة - الا انه يمكن ان يوجه عليه بان الضرر المالي غير متوجه - والضرر في تاخير دفع الثمن ملازم لجواز التاخير فالخبر اخص مطلق من دليل نفي الضرر فيقدم عليه فتامل.

ثبوت الشفعة للغائب والقاصر

٦- (وتثبت) الشفعة (للغائب) وان طالت غيبته (ويطالب) بها (مع حضوره)

١- الوسائل باب ٧و١٢ - من ابواب احياء الموات

ان لم يتمكن من الاخذ في الغيبة بنفسه او بوكيله - بلا خلاف فيه - ويشهد له مضافا الى اطلاق الادلة غير المعارض بما دل على الفور على القول به اذ قدمرانه على القول بالفور في الاخذ يكون ذلك فيما ليس للشفيع عذر في التاخير فلا يشمل المقام - قوى(١) السكونى عن ابى عبدالله (ع) ليس لليهودى والنصرانى شفعة وقال لاشفعة الا لشريك غير مقاسم وقال قال امير المؤمنين (ع) وصي اليتيم بمنزلة ابيه ياخذ له الشفعة اذا كان له رغبة وقال (ع) للغائب شفعة.

(و) كذا تثبت الشفعة (للسفيه والصبي والمجنون) بلا خلاف لاطلاق الادلة - ولهم وللولى عنهم (المطالبة) فاما ان (يطالبون مع زوال الاوصاف او يطالب (الولى عنهم) قبل زوالها - اما مطالبتهم بعد زوال الاوصاف فلان تاخير الاخذ انما يكون عن عذر فلا تسقط الشفعة - فان قيل على القول بجواز الاخذ بها للولى لو قصر الولى لزم سقوطها بناء على المعروف من سقوط حق الشفعة بالتقصير في الاخذ - قلنا ان تقصير الولى لا يوجب سقوط حق المولى عليه - فان قيل ان ظاهر الادلة ثبوت الحق عند العقد - وثبوته بعد الكمال يحتاج الى دليل آخر - قلنا ان الحق ثابت للقاصر من حين العقد غاية الامر مادام قاصرا يكون الاخذ جائزا للولى و بعد الكمال ياخذ بنفسه فليس الحق متجددا عند الكمال بل هو مستمر من حين العقد وانما المتجدد اهلية الاخذ ودليله ح مادل على رفع المنع بالكمال - واما جواز مطالبة الولى قبل زوال الوصف والاخذ بها فلان ذلك كساير التصرفات من بيع ماله وايقاع الصلح عليه وما شاكل يدل عليه مادل عليها مضافا الى خبر السكونى المتقدم في خصوص الصبى الملحق به المجنون لعدم القول بالفصل - ولاشتراكه مع الصبى في الاحكام بحسب الغالب كما يشهد به الاستقراء.

---

١ - الوسائل باب ٦ من ابواب الشفعة حديث ٢

حكم مالو اورد المشترى نقصا على مورد الشفعة

-٧- (و الشفيع ياخذ) الشقص المبيع (من المشترى) لان المال انتقل اليه وهو يتملك عنه فلا تسلط له على اخذه من البايع هكذا استدلوا له ـ ويرده انه بعد الاخذ بالشفعة يكون الشقص المبيع ملكا للشفيع فله اخذه من كل من وجد ماله عنده ويجب عليه تسليمه ـ فالاظهر ان له اخذه من كل منهما (نعم) اذا كان المبيع سلمه البايع الى المشترى الاول ليس للشفيع مطالبته من البايع لما مر والظاهر ان مراد المشهور من انه ليس له الرجوع على البايع ـ هو هذه الصورة فلا ايراد عليهم .

(و) متى كان كذلك ف(دركه عليه)اى على المشترى ـ لو ظهر استحقاق الشقص فيرجع عليه بالثمن وغيره ممايغرمه على ما فصل ـ ولا فرق فى ذلك بين كونه فى يد المشترى اويد البايع بان لم يكن اقبضه ـ ثم انه اذا اورد المشترى نقصا على المبيع من تلف بعض الاجزاء اووصف من الاوصاف ونقصت قيمته بذلك ـ فلا اشكال فى ان الشفيع ياخذه بالثمن ـ كما هو مقتضى ظاهر اخبار الاخذ بالشفعة مضافا الى المرسل الاتى .

انما الكلام فى انه هل يكون المشترى ضامنا للشفيع بالمقدار التالف كما هو المشهور لو كان التلف بعد المطالبة ـ ام يكون ضامنا اذا تلف من الشقص شىء يقابل بشىء من الثمن ـ ام لا يكون ضامنا الشىء بل الشفيع مخير بين اخذه بالثمن ـ اوتركه كما اختاره جمع منهم الشيخ فى المبسوط و سيد الرياض ـ وجوه (وجه) الاول ان الشفيع استحق بالمطالبة اخذ المبيع كاملا وتعلق حقه به فاذا انتقص بفعل المشترى ضمنه له (ووجه) الثانى ان ايجاب دفع الثمن فى مقابلة بعض المبيع ظلم (ولكن) الاول يبتنى على القول بتملك الشفيع الشقص بالمطالبة دون الاخذ وهو غير ظاهر بل الظاهر انه يملكه بالاخذ لظهور الادلة والاصل ـ ويرد الثانى انه لايجب دفع الثمن فى مقابل بعض المبيع بل هو مخير بين ذلك و بين تركه رأسا فلا ظلم (فالاظهر) عدم الضمان لان المشترى تصرف فى ملكه تصرفا جائزا فلا يكون مضمونا عليه .

واولى بذلك مالو كان النقص بآفة سماوية فانه يدل على الاخذ بتمام الثمن وعدم الضمان المرسل (١) المنجبر بعمل الاكثر - كتبت الى الفقيه عليه السلام في رجل اشترى من رجل نصف دار مشاع غير مقسوم وكان شريكه الذى له النصف الاخر غائبا فلما قبضها وتحول عنها تهدمت الدار وجاء سيل خارق فهدمها وذهب بها فجاء شريكه الغايب فطلب الشفعة من هذا فاعطاه الشفعة على ان يعطيه ماله كملا الذي نقد في ثمنها فقال له ضع عني قيمة البناء فان البناء قد تهدم وذهب به السيل ما الذي يجب في ذلك - فوقع عليه السلام ليس له الا الشراء والبيع الاول انشاءالله .

حكم اشتراء مافيه الشفعة بثمن مؤجل

-٨- (ولو كان الثمن) الذى اشترى به مافيه الشفعة (مؤجلا) ففيه قولان -احدهما - ماعن الخلاف والمبسوط والاسكافي والطبرسي و هوان الشفيع بالخيار بين الاخذ بالثمن عاجلا وبين التاخير الى الحلول واخذه بالثمن وقت حلوله - ثانيهما ماعن المفيد والشيخ في النهاية والقاضي والحلي و المصنف واكثر المتاخرين بل عامتهم و هو انه : (اخذ الشفيع في الحال - والزم كفيلا اذا) اراده المشترى و (لم يكن) وفيا (مليا على ايفاء الثمن عند الاجل) .

واستدل للاول في محكي الخلاف والمبسوط بان الشفعة قد وجبت بنفس الشراء والذمم لاتتساوى فوجب عليه الثمن حالا او يصبر الى وقت الحلول فيطالب بالشفعة مع الثمن (واجيب) عنه بانه لايلزم من عدم تساوي الذمم ثبوت احد الامرين المذكورين لامكان التخلص بالكفيل امامطلقا اومع عدم الملائة -وبانه يستلزم احد محذورين اما اسقاط الشفعة بعد ثبوتها ان اخر الى حلول الاجل للاخلال بالفورية المستلزم لبطلانها او الزام الشفيع بزيادة وصف في الثمن ان اخذ بالشفعة و عجل الثمن لان تعجيله زيادة

---

١ - الوسائل باب ٩ - من ابواب كتاب الشفعة حديث ١

وصف فيه من غير موجب .

و استدل للثاني بما مر من الجواب الثاني عن الدليل للقول الاول ولكن يتوجه عليه ان الفورية لا دليل على اعتبارها كمامر فتاخير الاخذ بالشفعة لايستلزم بطلانها ومع التسليم قدمر انه فيمااذا لم يكن التاخير لغرض عقلائي ولعذر والا فلا يوجب سقوطها حتى على القول بالفورية و التاخير في المقام انما هو لمراعاة حال المشترى وثمنه عن الذهاب فتاخير الاخذ بالشفعة لامحذور فيه ـ واما تعجيله بثمن حال فان الزم بذلك لزم زيادة وصف في الثمن وان جعل الخيار له فلا يلزم المحذور المذكور ـ مع ان تعجيل الثمن لايوجب عدم صدق الاخذ بالثمن الذى هو الماخوذ في الاخبار فان زيادته حكمية لاتنافي صدق العنوان (فالمتحصل) مماذكرناه ان الاظهر هو كونه بالخيار بين الاخذ بالثمن عاجلا وبين التاخير الى الحلول وبين الاخذ بها في الحال و تاخير الثمن الى الاجل مع الكفيل ـ ودعوى ـ انه احداث قول ثالث ـ فيها ـ انه لامحذور فيه في امثال هذه المسألة المبتنية على القواعد ولم يرد فيه نص خاص .

حكم الاختلاف في قدر الثمن

٩- (و) لو اختلف المشترى و الشفيع في الثمن الذى وقع عليه العقد بعد اتفاقهما على وقوع الشراء فادعى الاول انه الف مثلا ـ والثاني انه خمسمائة فالمشهور بين الاصحاب ان

(القول قول المشترى مع يمينه في كمية الثمن اذا لم يكن للشفيع بينة)

واستدل له بانه الذى ينتزع الشيء من يده ـ وبانه اعرف بعقده ـ وبانه ذواليد ـ وبان الذى يترك لو ترك هو الشفيع اذلا يطلبه المشترى للاخذ بالشفعة فيما يدعيه ـ وبان المشترى لادعوى له على الشفيع اذلا يدعى شيئا في ذمته ولا تحت يده وانما الشفيع يدعى استحقاق ملكه بالشفعة بالقدر الذى يعترف به والمشترى ينكره ولايلزم من قوله اشتريت بالاكثر بان يكون مدعى عليه وان كان خلاف الاصل لانه لايدعى استحقاقه اياه عليه ولا يطلب تغريمه اياه .

اما الوجه الاول فقد استدل به الفقهاء في موارد عديدة منها مالو شاهد عيناً في زمان سابق على العقد عليها فاوقعا العقد ثم ادعى المشتري تغيرها - قالوا يقدم قول المشتري لانه الذي ينتزع منه الثمن ولا ينتزع منه الا ببينة تقوم عليه او باقراره - ولكن يضعف ذلك في المقام ثبوت حق الانتزاع للشفيع قطعا وانما الخلاف فيما يجب دفعه فلو تم هذا الوجه لزم تقديم قول الشفيع لانه الذي ينتزع منه الثمن واما الثاني فيضعف بانه لاخلاف في العقد بل وقوعه متفق عليه وانما الخلاف فيما وقع عليه العقد وكونه اعرف به ممنوع مطلقا وعلى فرضه لا يوجب هذه الا عرفية تقديم قوله .

ويتوجه على الثالث ان حجية قول ذي اليد حتى بالنسبة الى الامور السابقة على اليد غير ثابتة- كما ان حجية قوله فيما خرج عن تحت يده غير ثابتة فلا دليل على حجية قوله بالنسبة الى الثمن ولا بالنسبة الى ثمن ما بيده- وعلى الرابع ان الشفيع لايترك لو ترك فيما هو محل الدعوى وهو قدر الثمن اذ ليس النزاع في الاخذ بالشفعة -واما الوجه الخامس فيرده ان ما يدعيه الشفيع من استحقاق ملكه بالشفعة لانزاع فيه - وبالنسبة الى القدر الذي محل النزاع تكون الدعوى للمشتري على الشفيع لانه يدعي الزيادة (وظاهر) المسالك اختيار ان القول قول الشفيع لان الاصل معه في ماهو مورد النزاع وهو قدر الثمن لاصالة عدم الزيادة فيكون الشفيع منكرا والمشتري مدعيا فيدخل في عموم مادل على ان(١) اليمين على من انكر (واورد عليه) بان اصالة عدم الزيادة لاتصلح لاثبات كون الثمن هو الناقص (وفيه) انه بعد مالا يلزم في الاخذ بالشفعة دفع الثمن اولا- لو اخذ بالشفعة انشاء فقد انتقل اليه المبيع على كل تقدير وثبت الثمن في ذمته فاصالة عدم الزيادة تصلح لاثبات عدم اشتغال ذمته بازيد من مايدعيه الشفيع فهذا القول اظهر-

---

١- الوسائل باب ٣ من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء

لاتورث الشفعة

١٠- (و) قد وقع الخلاف بينهم في ان (الشفعة) هل (تورث كالاموال) ام لا تورث ذهب المفيد و المرتضى وابو علي و الشيخ في بيع الخلاف و الحلي و المصنف و الشهيدان وغيرهم على ماحكي عن بعضهم الى الاول وفي المسالك نسبته الى الاكثر ـ وعن الشيخ في النهاية وموضع من الخلاف و القاضي و الطبرسي انها لاتورث بل تبطل بموت الشفيع و عن المبسوط نسبته الى اكثر الاصحاب .

و استدل للاول بانها حق للميت فتورث لظاهر القرآن (١) و السنة (٢) و للنبوي ماتركه (٣) الميت من حق فلوارثه ـ ولكن مضافا الي عدم العثور على النبوي ان الاستدلال بالكتاب و السنة لهذا الحكم يتوقف على ثبوت امرين- احدهما كونه حقا قابلا للانتقال لاحكما شرعيا كجواز الرجوع في الهبة و ساير العقود الجائزة اذ الحكم الشرعي لايورث ـ ثانيهما كونه حقا لايكون وجود الشخص ولاحياته مقوما له و الا فلا يصدق عليه انه حق متروك ـ وشيء من الامرين لم يثبت اذ لم يدل دليل على انه من الحقوق وقدم ضابط الحق و الحكم في كتاب الوصية و عرفت انه حتى لو اطلق الحق على شيء في الاخبار لايكون ذلك دالا على انه حق مصطلح فضلا عن ما اذا لم يطلق عليه كما انه لادليل على بقائه بعد الموت ـ و الاستصحاب لايجري لعدم جريانه في المجعول الشرعي الكلي ـ اضف الى جميع ذلك ورود نص خاص دال على انها لاتورث وهو ـ خبر (٤) طلحة بن زيد عن جعفر عن ابيه عن علي عليهم السلام في

---

١ ـ سورة البقرة آية ١٨٠ وسورة النساء آية ٧

٢ ـ الوسائل باب ١ من موجبات الارث

٣ ـ لم اعثر على هذا الخبر في كتب الاحاديث من العامة و الخاصة و ان استدل الفقهاء به في الكتب الفقهية كمفتاح الكرامة و الرياض و الجواهر و المسالك وغيرها .

٤ ـ الوسائل باب ١٢ من ابواب كتاب الشفعة حديث ١

فى حديث ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال لاتورث الشفعة- فان قيل انه ضعيف السند لطلحة -قلنا- اولا انه وان قال جماعة انه عامي وقال اخرون انه بتري الا انه قال فى محكى الفهرست ان كتابه معتمد وعن المجلسى الثانى انه كالموثق و اذا انضم الى ذلك رواية صفوان ابن يحيى عنه وعمل اكثر المتقدمين بخبره هذا كما عن المبسوط- لايبقى شك فى الاعتماد عليه فالاظهر انها لاتورث .

ثم انه على القول بانها تورث وقع الكلام فى كيفية ارثها و ماذكرناه فى كيفية ارث الخيار جار فى المقام- فلاحاجة الى الاعادة .

مسقطات الشفعة

-١١- اختلفت كلمات الاصحاب فى امور انها هل تسقط الشفعة ام لا - بعد اتفاقهم على انها تسقط بالاسقاط بعد البيع .

(و) الاول (لو اسقط الشفعة قبل البيع) فالاسكافى والشيخ والمحقق فى النافع و المصنف هنا وفى جملة من كتبه وولده والمقداد و الكركى والشهيد الثانى و الفاضل الخراسانى على ماحكى عن بعضهم على انه (لم تبطل) وعن الارشاد البناء على السقوط و ان قال على رأى وهو ظاهر غاية المراد و مجمع البرهان -وفى الشرايع فيه تردد (وجه)السقوط ان الحق له فاذا اسقطه سقط كما لو اسقطه بعد البيع(واستدل) للاول -بعموم الادلة - وانه انما يستحق المطالبة بعد البيع ولاحق له قبله فاذا اسقط قبله فقد اسقط ماليس له ومجرد الرضا بالبيع لايكفى فى سقوط الحق فلاسبيل الى القول بانه لبقاء الرضا به بعد البيع يكون مسقطا لها (وفيه) انه لو اسقط حقه منجزا كان ذلك اسقاطا لمالم يجب واما لو اسقطه معلقا فلامحذور فيه الا التعليق وعدم الجزم الممنوع عنه فى العقود فضلا عن الايقاعات- وهو هنا لايضر اذ المتيقن من دليل المنع كما مر فى كتاب البيع التعليق على مالايتوقف تحقق مفهوم الانشاء عليه - امـا فى

المقام و امثاله ـ كابراء ما احتمل اشتغال ذمته به ـ وطلاق مشكوك الزوجية وماشا كل فلامانع منه ـ لان مفهوم العقد والايقاع معلق عليه في الواقع من دون تعليق المتكلم فالاظهر هو السقوط .

الثاني ماشار اليه المصنف ره بقوله (**بخلاف مالوبارك**) للمشترى اوللبايع فقال بارك الله تعالى لكما في البيع او هومبارك لكما اونحو ذلك فان فيه ايضا قولين و ادعى سيد الرياض ان كل من قال بالبطلان و السقوط في الموضع الاول قال به هنا و كذا من قا بعدم البطلان قال به في هذا الموضع ـ الا المحقق في النافع و المصنف ره هنا ومحكى الارشاد .

و كيف كان فقد استدل لسقوط الحق هنا ـ بتضمنه الرضا بالبيع و بمنافاته الفورية (ولكن) يتوجه على الاول ان الرضا بالبيع ليس مسقطا و لعله يرضى به لياخذ بالشفعة ـ وعلى الثاني مامر من عدم اعتبار الفورية ـ مع ان القول المزبور لاينافيها فالاظهر عدم السقوط هنا .

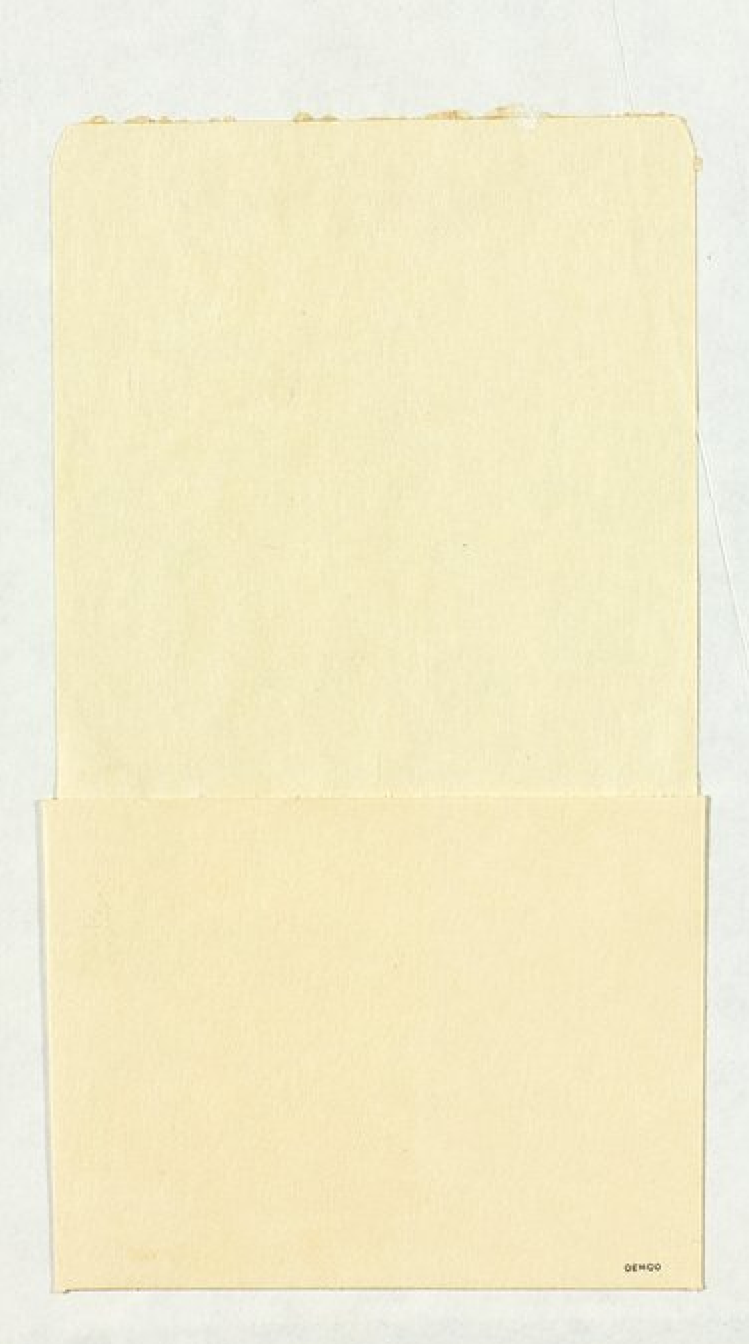
و بماذكرناه يظهر الحال في الموضع الثالث وهو مالو شهد على البيع ـ اذلا دليل على سقوط الشفعة سوى دلالته على الرضا بالبيع وقد عرفت عدم كونه مسقطا ـ فتحصل ـ ان الاظهر انه لو بارك (**اوشهد**) لايسقط الحق ـ فلاوجه لما في المتن من البناء على السقوط مع احدهما وان قال (**على اشكال**) هذا تمام الكلام فيما يتعلق بمباحث الشفعة ـ و بذلك يتم المجلدات من كتابنا في الفقه ـ وانما اخر هذا الجلد في الكتابة عن المجلدات اللاحقة له بحسب ترتيب الكتاب لاني كنت محبوسا منذ مدة طويلة ـ ولم يكن كتب الحديث والفقه عندي ـ و كان تحصيلها صعبا ـ فكنت اكتب كل ماتمكنت من العثور على الكتب المربوطة بذلك الباب ـ ولذا اخر هذا الجلد عن المجلدات الاخر ـ وقد وقع الفراغ منه في اليوم التاسع عشر من شهر ربيع الاول سنة ١٣٨٩ من الهجرية النبوية ـ في قرية ميگون ـ وماادريك ماميگون ـ والحمدلله اولا و آخرا ويتلوه في الطبع الجزء السابع عشر في النكاح .

فهرس الجزء السادس عشر من كتاب

فقه الصادق

جدول الخطاء والصواب

ص	س	خطاء	صواب
٦٧	٢١	الغصب	الغصب
٧٤	٢٠	مشاهدة	شاهدة
٩٢	١٨	الحو الالة	الحوالة
١٠٥	١٨	مودجو	موجود
١١٦	٨	تدعيه	يدعيه
١٦٠	٢٠	الحكاكم	الحاكم
٢٠٦	٢١	المعة	المعينة
٢٥١	١٥	ينقر	ينقص
٢٦٣	٢	تصح	يصح
٢٧٥	١٢	الوصى	اوصي


DEMCO

